

# ARTICULO

# 14

## UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Boletín de Información  
y Análisis Jurídico

NÚM. 20 • DICIEMBRE DE 2005

### DOCTRINA

- Igualdad en democracia es paridad. La reforma de las leyes electorales

### LEGISLACIÓN

- Pekín +10: Evaluación de los progresos logrados en el campo de la igualdad entre los géneros en Europa y en los países en desarrollo
- Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un programa comunitario de fomento del empleo y la solidaridad social.
- Desarrollo de la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.
- Modificación del Reglamento de asistencia jurídica gratuita,

### JURISPRUDENCIA

- Inversión de la carga de la prueba
- Inadmisión de cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 153 del Código Penal
- Impugnación de convenio colectivo en materia del permiso de lactancia de las trabajadoras.
- Acoso sexual y moral, indemnización por daños morales y opción de la trabajadora a no incorporarse al puesto de trabajo.

# ARTÍCULO 14

## Junta de Andalucía Instituto Andaluz de la Mujer

### Dirección:

Ana Soledad Ruiz Seguí

### Coordinación:

Pilar Gutiérrez

### Contenidos:

Área de Derecho Constitucional  
de la Universidad de Málaga

### Dirección Técnica:

M.<sup>a</sup> Luisa Balaguer

### Colaboran:

Antonio Javier Trujillo Pérez

Rafael Naranjo de la Cruz

M.<sup>a</sup> del Mar Navas Sánchez

M.<sup>a</sup> Dolores Cabello Fernández

Montserrat Reyes

### Edita:

Instituto Andaluz de la Mujer

C/ Alfonso XII, 52

41002 Sevilla

Tel.: 955 03 49 53

Fax: 955 03 49 56

Puede consultarse "Artículo 14" en:

<http://www.juntadeandalucia.es/iam>

### Diseño y Maquetación:

Fotomecánica Magenta

### Imprime:

Tecnographic

### Dep. Legal:

SE-2460-01

ISSN:

1696-6988

## Sumario:

### DOCTRINA

Igualdad en democracia es paridad. La reforma de las leyes electorales. Julia Sevilla Merino. Letrada de las Cortes Valencianas. Profesora de Derecho Constitucional. Presidenta de la Red Feminista de Derecho Constitucional. .... 4

### LEGISLACIÓN

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Pekín +10: Evaluación de los progresos logrados en el campo de la igualdad entre los géneros en Europa y en los países en desarrollo» ..... 16

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un programa comunitario de fomento del empleo y la solidaridad social — PROGRESS». .... 24

Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. .... 31

Real Decreto 1455/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio. .... 34

Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. .... 39

### JURISPRUDENCIA TJCE

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 10 de marzo de 2005. Inversión de la carga de la prueba. .... 43

### JURISPRUDENCIA TC

Auto del Tribunal Constitucional 332/2005, de 13 de septiembre de 2005. Inadmisión de cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el art. 153 del Código Penal. .... 45

### JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 20 de junio del 2005. Impugnación de convenio colectivo de la empresa Aldeasa S.A por parte de la Dirección General del Trabajo en materia del permiso de lactancia de las trabajadoras. .... 53

### JURISPRUDENCIA DE OTRAS INSTANCIAS

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 10 de junio de 2005. El derecho a la igualdad y la ausencia de discriminación positiva. .... 57

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de quince de junio de dos mil cinco. Acoso sexual y moral, indemnización por daños morales y opción de la trabajadora a no incorporarse al puesto de trabajo. .... 64

### COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Comentario de la decisión (*Ordinanza*) 39/2005 de la Corte Constitucional italiana. .... 68

## PRESENTACIÓN

*La integración de la transversalidad de género se ha convertido en la estrategia clave para conseguir la igualdad de mujeres y hombres, y esta fomentando una nueva forma de hacer e interpretar el derecho. La normativa, en los últimos años está basada en el género, por ello, además del objeto concreto de la norma, nos encontramos con preceptos que favorecen la igualdad de género, esto nos insta a realizar una revisión minuciosa del ordenamiento jurídico desde esa óptica, especialmente, en la elaboración de la revista jurídica Artículo 14 una perspectiva de género, a través de la que venimos haciendo un seguimiento y análisis de la legislación y jurisprudencia más novedosa en cuanto a la igualdad de mujeres y hombres.*

*La integración de la perspectiva de género en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos, como mecanismo institucional indispensable para el avance de las mujeres, se incluyó en los acuerdos aprobados por la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer Beijing 1995, y que ha sido evaluada en el año 2005, <<Beijing +10>> para el seguimiento de los progresos logrados y de los obstáculos en el campo de la igualdad entre los géneros.*

*En el marco de Derecho comunitario, la Comisión Europea aprobó, en febrero de 1996, la Comunicación "Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias" en la que se define el principio de transversalidad, como una política en la que no se deben limitar los esfuerzos de promoción de la igualdad a la ejecución de medidas específicas a favor de las mujeres, sino que se deben movilizar explícitamente, con este objetivo, todas las acciones y políticas generales. Este principio ha quedado asentado en el Tratado de Ámsterdam en los artículos 2 y 3, en los que se asigna a la Comunidad el deber de eliminar desigualdades y de fomentar la igualdad en todas sus actividades, adoptando un enfoque dual, que consiste, por una parte, en la integración del principio de igualdad de mujeres y hombres en todas las políticas públicas y , por otra parte, en la aplicación de medidas específicas de acción positiva en favor de las mujeres,*

*Dentro de los programas de gobierno de la Junta de Andalucía, la transversalidad se ha introducido en todas las áreas, con un objetivo claro, en el sentido de que se incorpore en la planificación, ejecución y evaluación de las políticas y acciones públicas, el análisis de la vida social, económica y política desde una posición que hace visible el mundo de las mujeres, sus necesidades, aspiraciones, condiciones y aportaciones y en el que se ponen en paralelo los derechos de mujeres y hombres. El compromiso de la integración de la dimensión de género en la elaboración normativa se ha visto realizado en Andalucía con la aprobación de incluir en la tramitación de los proyectos de ley y reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno un informe de evaluación del impacto por razón del género, según recoge el artículo 139 de la Ley 18/2003, de medidas fiscales y administrativas, y Decreto 93/2004, de 9 de Marzo que lo desarrolla.*

*También la perspectiva de la igualdad se ha introducido en el presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin lugar a dudas la asignación presupuestaria desde el punto de vista de la igualdad también constituye un instrumento de evaluación del impacto de las políticas, la financiación y la carga impositiva en los hombres y las mujeres, por ello, para analizar con enfoque de género los Presupuestos de la Comunidad Autónoma, se constituyó la Comisión de Impacto de Género en los Presupuestos, dependiente de la Consejería de Economía y Hacienda con la participación del Instituto Andaluz de la Mujer.*

*Los instrumentos desarrollados destinados a movilizar explícitamente hacia el objetivo de la igualdad, necesitan que los equipos gestores de la Administración de la Junta de Andalucía cuenten con los recursos de información, formación y herramientas suficientes para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, con este objetivo el Instituto Andaluz de la Mujer, en el año 2001, contando con los Fondos Europeos puso en marcha la Unidad de Igualdad de Género, para ofrecer una estructura de apoyo estable a la administración andaluza para desarrollar y consolidar la implantación de la transversalidad de género.*

*Por todo ello, Andalucía se sitúa en primera línea en el cumplimiento del marco jurídico creado por el derecho internacional y comunitario, con la implementación de estrategias legislativas, financieras y técnicas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres.*

# IGUALDAD EN DEMOCRACIA ES PARIDAD. LA REFORMA DE LAS LEYES ELECTORALES

JULIA SEVILLA MERINO

LETRADA DE LAS CORTES VALENCIANAS.

PROFESORA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

PRESIDENTA DE LA RED FEMINISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL.

## INTRODUCCIÓN.

- 1.-Igualdad/Paridad/Cuotas.
- 2.-El debate doctrinal.
- 3.- La Soberanía.
- 4.- La igualdad.
- 5.- la libertad de los Partidos Políticos.
- 6.- Limitación del derecho a ser candidato.
- 7.- Vulneración del marco competencial. En conclusión

## Introducción\*

La reivindicación de la paridad nació en los años 80. Naciones Unidas y las instituciones europeas<sup>1</sup> ante un cada vez menos eficaz derecho a la igualdad concebido como igualdad ante la ley y en la ley (igualdad formal), emprendieron la construcción de un marco antidiscriminatorio definido por otras normas jurídicas y políticas cualitativamente diferentes. En estos textos se proclama el derecho de las mujeres a la participación política plena, no solo a emitir su voto sino también a formar parte de los órganos de decisión, y se considera la democracia como deficitaria o inacabada por la escasa presencia de mujeres en las instituciones representativas. Esta relación entre paridad y democracia no es en absoluto caprichosa porque, aún cuando en nuestro lenguaje se haya perdido la vivencia del significado primigenio de las palabras, su uso es siempre deudor de su origen máxime si, como es el caso, lo que se pretende es utilizar una palabra que describe una forma de gobierno, entonces y ahora, considerada la más perfecta por cuanto implica, necesariamente, la participación ciudadana.

No es, por tanto, extraño que, cuando se pretende instaurar un sistema de poder basado en la igualdad de todos<sup>2</sup> (Revolución Francesa) se irradie esta igualdad a la ley como norma de carácter general que se aplica a todos por igual, en cuya elaboración tienen derecho a contribuir todos los ciudadanos. Así se dice en el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano<sup>3</sup> que también extiende esta igualdad, y como derivada de ella, al ejercicio de toda dignidad, cargo o empleo público.

Cómo se llegó, desde estos resonantes y rotundos principios, a la exclusión del 50% de la Nación de esa igualdad, es algo que altera todos los parámetros de la racionalidad, cuya explicación se debe buscar en el pathos, en el lado oscuro en el que se hallan las tragedias de la Humanidad. No estoy exagerando, el no tratar a las mujeres como iguales en ese arranque de cambio histórico le ha supuesto a la sociedad una merma del 50% de las capacidades, los talentos y las experiencias y una evolución parcial y en ocasiones negativa porque privar de la

\* La necesaria limitación de este artículo me impide recoger las fundadas argumentaciones que letradas y letrados de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas que han visto recurridas sus leyes, han expuesto en defensa de las mismas y que, sin duda, enriquecerían este trabajo. Desde aquí quiero agradecerles me hayan permitido acceder a tan valioso material.

<sup>1</sup> Cuando hablamos de instituciones europeas nos referimos a la Unión Europea, el Consejo de Europa y la Unión Interparlamentaria.

<sup>2</sup> También en la libertad que primaba sobre la igualdad.

<sup>3</sup> Vigente en Francia.

## DOCTRINA

ciudadanía al 50% de la población es limitar el desarrollo de lo humano a sólo la mitad de sus posibilidades es, el igual que cuando sólo miras por un ojo, perderse el relieve de las cosas, la perspectiva.

Pero por encima de esta reflexión, que podríamos considerar de carácter práctico y que no hace mella en todos aquellos que se sienten plenamente realizados con la división sexual de los espacios y las tareas<sup>4</sup>, se halla la pertenencia de las mujeres a ese pueblo titular de la soberanía y el derecho de las mujeres a la participación política.

En palabras del profesor Aragón, proclamar que el pueblo ejerce la soberanía mediante el sufragio impone dos exigencias que el ordenamiento ha de atender: una, garantizar un sufragio universal, libre, igual, directo y secreto y, otra, garantizar el general y libre acceso del pueblo al sufragio pasivo, de lo contrario los ciudadanos sólo elegirían pero no desempeñarían el poder, esto es, sólo ostentarían el derecho a tener un gobierno elegido pero no a gobernar ellos mismos mediante elecciones<sup>5</sup>.

Esta doble función del derecho de sufragio: votar y ser votada, en las mujeres quedaba reducida a sólo la mitad, aparentemente sin explicación, sin que hubiera en la norma ninguna limitación al respecto. No existiendo desigualdad en la ley debemos concluir que existe vicio en el procedimiento (discriminación indirecta, resumida con la expresión “techo de cristal”) cuya consecuencia es evitar que las mujeres se incorporen con la misma naturalidad y proporción que los hombres y se deberían prever, por tanto, medidas para eliminar las dificultades.

Siguiendo el razonamiento expuesto, el 50% del pueblo, las mujeres, no tiene garantizado el ejercicio del sufragio pasivo, ni por ende, la soberanía. Desde esta perspectiva es lógica la relación entre paridad, igualdad de hombres y mujeres, y democracia.

A la preocupación ya apuntada de los organismos internacionales y comunitarios sobre esta cuestión hay que sumar las investigaciones del feminismo académico y las demandas compartidas con la militancia. Una de sus actuaciones más destacadas y que puso de relieve el concepto de la paridad fue la Cumbre Mujeres en el poder, que se celebró en Atenas el 3 de noviembre de 1992, donde se confirmó el concepto de Democracia Paritaria<sup>6</sup>, idea que parte del reconocimiento de que las mujeres son el 50% de la sociedad, la mitad de las inteligencias y capitales potenciales de la humanidad por lo que su infrarepresentación en los puestos de decisión constituye una pérdida para el conjunto de la sociedad y, por ello, se reclama un reparto equilibrado del poder<sup>7</sup>.

La Unión Interparlamentaria tituló uno de sus documentos con el expresivo rótulo “La democracia por perfeccionar”<sup>8</sup>, preparatorio de la conferencia de Nueva Delhi (14-18 de febrero de 1997), titulada “Hacia un paterna-riado entre hombres y mujeres en política” en la que se destacó la crucial importancia de esta colaboración, ya que: “El envite de fondo es la propia democracia”<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> En una reflexión sobre la igualdad de los sexos y las ventajas que pueden derivarse para mujeres y hombres “las mujeres aportarían su competencia, los hombres podrían tener una participación mayor en la vida familiar” se hacía referencia a la reflexión de Bengt Westerberg ex ministro de la igualdad en Suecia: “es preciso reconocer sin tapujos que los hombres no han considerado que tenían de interesante para ellos promover la paridad de sexos. No es de extrañar. Raro es la gente, hombres o mujeres, que querrían, por iniciativa propia, repartir su poder o sus privilegios, sobretudo si tienen la sensación de no obtener ninguna contrapartida”, citado por Eva Garajova en el Discurso inaugural de la conferencia “El concepto integral de la igualdad: una oportunidad para el siglo XXI”. Consejo de Europa, 1999.

<sup>5</sup> Aragón Reyes, M. “Democracia y representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio”. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* n° 9, 2000, Corts Valencianes.

<sup>6</sup> Utilizada previamente por el Consejo de Europa en 1989 “Democracia Paritaria. 40 años de actividad del Consejo de Europa”.

<sup>7</sup> La Declaración de Atenas que se aprobó en la Cumbre afirmaba que:

- la igualdad formal y real entre mujeres y hombres es un derecho fundamental del ser humano,
- las mujeres representan más de la mitad de la población, por lo que la democracia exige la paridad en representación y en la administración de las naciones,
- las mujeres constituyen la mitad de las inteligencias y las capacidades potenciales de la humanidad y su infrarepresentación en los puestos de decisión constituye una pérdida para el conjunto de la sociedad,
- una participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones puede generar ideas, valores y comportamientos diferentes que vayan en la dirección de un mundo más justo y equilibrado tanto para las mujeres como para los hombres, y
- dado que la infrarepresentación de las mujeres en los puestos de decisión impide asumir plenamente los intereses y las necesidades del conjunto de la sociedad,
- proclamaba la necesidad de alcanzar un reparto equilibrado de los poderes públicos y políticos entre mujeres y hombres reivindicando la igualdad de participación de las mujeres y de los hombres en la toma de decisiones públicas y políticas y la necesidad de realizar modificaciones profundas en la estructura de los procesos de decisión con el fin de asegurar dicha igualdad.

<sup>8</sup> Serie “Informes y documentos”, n° 28, 1997.

<sup>9</sup> “La política hunde sus raíces en la sociedad y refleja los valores dominantes... por lo que la Unión Interparlamentaria afirma que, en una sociedad democrática moderna, lo que se trata de construir es nada menos que un nuevo contrato social en el que el hombre y la mujer obren en igualdad y complementariedad enriqueciéndose mutuamente de sus diferencias (punto 8).

## DOCTRINA

En el mismo sentido la 4ª Conferencia Ministerial Europea sobre la igualdad de mujeres y hombres emitió una “Declaración sobre la igualdad de mujeres y hombres como criterio fundamental de la democracia” (Estambul, 1997), recordando el compromiso de sus Estados miembros con la Convención europea de derechos humanos y con la Declaración sobre la igualdad de mujeres y hombres de 1988. En ambos casos se subraya que la sociedad se compone de mujeres y hombres y que dado que la diversidad de personas se estructura, en primer lugar, en función del sexo, una representación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones políticas aseguraría un mejor funcionamiento de la sociedad democrática.

La Unión Europea ha sido pródiga desde sus inicios en documentos sobre la igualdad de hombres y mujeres<sup>10</sup>. Recordemos el juego que ha dado su originario artículo 119 y la configuración de la igualdad en el Tratado por el que se aprueba una Constitución para Europa. Valga como resumen la referencia en la última estrategia marco comunitaria: “La democracia es uno de los valores fundamentales de la Unión Europea... una parte esencial de la política de desarrollo exterior de la Unión. Su plena realización requiere la participación de todos los ciudadanos, mujeres y hombres, por igual, para participar y estar representados de forma igualitaria en la economía, toma de decisiones y en la vida social, cultural y civil”<sup>11</sup>.

### 1.- Igualdad / Paridad / Cuotas

Parece fuera de duda que la discriminación de las mujeres reviste características singulares pese a que, en un principio, en la mayoría de los textos internacionales y constitucionales, la discriminación por razón de sexo figura en la lista de las llamadas también categorías sospechosas<sup>12</sup>. De esta posición se desprende que, cuando el sexo se incorporó a las discriminaciones ya existentes, los redactores consideraron que las dificultades que las mujeres tienen para ser iguales merecen idéntico trato a las otras causas alineadas en dichos preceptos. Sin embargo la idea de que la discriminación de las mujeres posee una singularidad que la diferenciaba<sup>13</sup> se ha ido abriendo paso alumbrada por los estudios de género<sup>14</sup>, por la actividad política de las mujeres y por la evidencia práctica de su persistencia en el tiempo como consecuencia de la asignación de roles sociales que conducen a una desigualdad en el disfrute y acceso de las mujeres a los derechos. Ello es especialmente evidente en el: derecho a la vida, al trabajo y a la soberanía, al ejercicio efectivo de esa titularidad que posee todo el pueblo y que se había arrogado el 50% del mismo. Como dijo Kelsen, “detrás de cada norma siempre hay una voluntad” y, añadimos, esta voluntad es la masculina que ha construido los conceptos jurídicos en su origen. Tal sucede con la igualdad.

Los estudios de la profesora Vogel Polsky han puesto de relieve que “la igualdad de los sexos no ha sido formulada como tal en ningún texto jurídico siendo la única que ha sido y es coyuntural, fragmentaria y diacrónica, es decir tratada en derecho por una sucesión de hechos o textos jurídicos separados”<sup>15</sup>. Es imprescindible por tanto reformular los instrumentos jurídicos que conciernen a la igualdad de mujeres y hombres introduciendo, por ejemplo, el concepto de género, ausente hasta ahora en el Derecho, aunque haya sido determinante en la construcción del sujeto político basado, única y exclusivamente en el pensamiento androcéntrico, en las necesidades y proyectos de los hombres.

<sup>10</sup> - Recomendación del Consejo de 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión, que se dirige a los Estados miembros a fin de que adopten “una estrategia integrada de conjunto destinada a promover la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisiones y a desarrollar o crear a tal efecto las medidas adecuadas, tales como, en su caso, medidas legislativas, y/o reglamentarias y/o incentivos”.

- Resolución del Parlamento Europeo nº 169 de 1988, en la cual se pide a los partidos políticos “que establezcan sus listas de candidatos según un sistema de cuotas claramente definido y controlable, de modo que en un plazo breve de tiempo se alcance una igualdad numérica de hombres y mujeres en todos los órganos de representación política”

- Resolución de 3 de marzo de 2000 en la que el Parlamento Europeo, constatando la persistencia de la insuficiente participación de las mujeres en la representación política y en trabajos de dirección, demanda la movilización activa de instituciones y órganos representativos nacionales y europeos para contribuir al reequilibrio. Asimismo constata que introducir las cuotas, como medida transitoria, equilibra la participación de hombres y mujeres en la vida política.

- Resolución de 5 de julio de 2001 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea que, entre otras cosas, recomienda la adopción de planes nacionales para la promoción de una participación equilibrada de hombres y mujeres en la toma de decisiones, en particular mediante el estímulo de los partidos políticos para que introduzcan sistemas de cuotas en sus listas.

<sup>11</sup> Comunicación de la Comisión “Hacia una estrategia marco comunitaria sobre igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005).

<sup>12</sup> En otros estudios he reflexionado sobre las consecuencias de esta inclusión. “Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria”, en *Collecció Quaderns Feministes* núm. 4, Institut Universitari d'Estudis de la Dona, Universitat de València, 2004. “Derecho Constitucional y Género”, en *Funciones y órganos del Estado constitucional español, Manual Tirant lo Blanch*, 2002 pág. 523 a 561.

<sup>13</sup> Pensemos que es el único caso de discriminación de una mayoría que además está ubicada en todas las esferas de la sociedad.

<sup>14</sup> Entre otras, Ventura Franch A. “Las mujeres y la Constitución Española de 1978”. Instituto de la Mujer. Ministerio de Asuntos Sociales. Madrid, 1999.

<sup>15</sup> VOGEL-POLSKY, E., *Las acciones positivas y los obstáculos constitucionales y legislativos que dificultan su realización en los Estados miembros del Consejo de Europa*, Ministerio de Asuntos Sociales – Instituto de la Mujer, Madrid, 1987.

## DOCTRINA

Sin duda, no es ajeno a este planteamiento el que, a finales del siglo XX, algunos Estados reformasen sus Constituciones para configurar la igualdad, como de hombres y mujeres, y/o introducir el derecho específico de las mujeres a la representación (Alemania, Portugal, Francia, Italia y Bélgica)<sup>16</sup>.

En España -al igual que en el resto de Europa- las feministas reclamaban mayor presencia en los puestos de decisión: asambleas legislativas, instituciones etc. Un primer logro fue la adopción en los estatutos internos de los Partidos Políticos (PSOE e IU) de porcentajes que necesariamente tenían que ser cubiertos por mujeres. Se empezó por un 25% a finales de los 80 para llegar en 1997 a lo que se consideraba proporción paritaria: ni más de un 60% de un sexo ni menos de un 40% del otro. En tanto en cuanto las cuotas han sido una obligación “*ad intra*” de los partidos políticos no se han visto cuestionadas de modo explícito desde la perspectiva jurídica, antes bien se han mostrado eficaces en la práctica produciendo un doble efecto: la proporción de mujeres en las Asambleas ha aumentado considerablemente tanto, respecto a las formaciones políticas que las han adoptado, como en aquellas que no las consideran necesarias.

La discusión, respecto a las cuotas, se inicia con la aprobación de las primeras reformas electorales que incluyen la paridad. Fracasado el intento de reformar la LOREG en las Cortes Generales (noviembre de 2001) dos Comunidades Autónomas aprueban la reforma de sus leyes electorales, Baleares en 21/06/2002 y Castilla-La Mancha 27/06/2002. En ambas se proponía la alternancia de mujeres y hombres, como requisito, en la presentación de las listas electorales. De igual forma el País Vasco y Andalucía han reformado sus leyes electorales, el País Vasco en febrero de 2005 para que las candidaturas estén integradas por, al menos, un 50% de mujeres en el conjunto de la lista y por tramos de cada seis<sup>17</sup> y en Andalucía (08/04/2005) donde la ley prevé el mismo criterio de alternancia que las otras leyes autonómicas<sup>18</sup>.

#### <sup>16</sup> Constitución francesa:

Artículo 3.- La soberanía nacional reside en el pueblo, que la ejerce a través de sus representantes y por medio del referéndum. // Ningún sector del pueblo ni ningún individuo podrán arrogarse su ejercicio. // El sufragio podrá ser directo o indirecto en las condiciones previstas en la Constitución y será siempre universal, igual y secreto. // Son electores, de acuerdo con lo que disponga la ley, todos los nacionales franceses mayores de edad de ambos sexos que están en el pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos. // La ley favorecerá la igualdad entre mujeres y hombres para acceder a los mandatos electorales y cargos electivos.

Artículo 4.- Los partidos y las agrupaciones políticas concurren a la expresión del sufragio. Su constituirán y ejercerán su actividad libremente dentro del respeto a los principios de la soberanía nacional y de la democracia. // Estas entidades contribuirán a la aplicación del principio enunciado en el último apartado del artículo 3 de acuerdo con lo dispuesto por la ley.

#### Constitución italiana

Artículo 3.- Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. // Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

Artículo 49.- Todos los ciudadanos tendrán derecho a asociarse libremente en partidos para concurrir con procedimientos democráticos a la determinación de la política nacional.

Artículo 51.- Todos los ciudadanos de uno y otro sexo podrán desempeñar cargos públicos y puestos electivos en condiciones de igualdad, según los requisitos establecidos por la ley. *A tal fin la República promueve con acciones positivas la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.* (el texto en cursiva es lo añadido por la reforma constitucional de 2003). // La ley podrá, para la admisión a los cargos públicos y a los puestos electivos, equiparar con los ciudadanos a los italianos no pertenecientes a la República. // Quien sea llamado a las funciones públicas tendrá derecho a disponer del tiempo necesario al cumplimiento de las mismas y a conservar su puesto de trabajo”.

#### Constitución belga

Artículo 10.- Se garantiza la igualdad de mujeres y hombres

Artículo 11 bis.- La ley, el decreto o las normas contempladas en el artículo 134 (normas de las regiones) garantizan a mujeres y hombres la igualdad en el ejercicio de los derechos y libertades, y favorecen especialmente la igualdad en el acceso a los mandatos electivos y públicos.”

#### Constitución portuguesa

Artículo 109.- La participación directa y activa de hombres y mujeres en la vida política es condición e instrumento fundamental de consolidación del sistema democrático, debiendo la ley promover la igualdad en el ejercicio de los derechos cívicos y políticos y la no discriminación por razón de sexo en el acceso a los cargos públicos.

#### Constitución alemana

Artículo 3.- 1. Todas las personas son iguales ante la ley. // 2. El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado fomentará la realización efectiva de la igualdad entre mujeres y hombres e impulsará la supresión de las desigualdades. // 3. Nadie podrá ser discriminado por razón de sexo, ascendencia, raza, idioma, patria y origen, convicciones religiosas o política. Nadie podrá ser discriminado por razón de un impedimento físico.

<sup>17</sup> El artículo 6 bis de la Ley 1/1987, de Elecciones para las Juntas Generales de los tres territorios históricos, queda redactado de la forma siguiente: “1. Las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de personas electoras estarán integradas por al menos un 50% de mujeres. Se mantendrá esa proporción en el conjunto de la lista de candidatos y candidatas y en cada tramo de seis nombres. Las juntas electorales de zona competentes sólo admitirán aquellas candidaturas que cumplan lo señalado en este artículo tanto para las personas candidatas como para las suplentes”.

<sup>18</sup> Ley 5/2005, de 8 de abril, por la que se modifica la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía. Artículo segundo. Modificación del artículo 23 de la Ley Electoral de Andalucía. El apartado 1 del artículo 23 de la Ley Electoral de Andalucía queda redactado del siguiente modo: “1. La presentación de candidaturas, en la que se alternarán hombres y mujeres, habrá de realizarse entre el decimoquinto y el vigésimo días posteriores a la convocatoria, mediante listas que deben incluir tantos candidatos como escaños a elegir por cada circunscripción y, además, cuatro candidatos suplentes, expresándose el orden de colocación de todos ellos, ocupando los de un sexo los puestos impares y los del otro los pares.”

## DOCTRINA

Todas estas leyes tienen pendiente recursos de inconstitucionalidad presentados a las dos primeras leyes por el Gobierno presidido por Aznar<sup>19</sup> y a las otras dos, por 50 Señorías del Grupo Parlamentario Popular. Se da la circunstancia que la Ley de Euskadi fue aprobada con anterioridad a la convocatoria de las últimas elecciones autonómicas (17 de abril de 2005) que se rigieron por ella, siendo recurrida el 2 de junio de 2005<sup>20</sup>. La ley, sigue en vigor a salvo del pronunciamiento del Tribunal Constitucional. En el mismo caso se encuentra la ley andaluza. En cambio las otras dos leyes al haber sido recurridas por el Gobierno, (la tramitación del recurso se rige por los artículos 76 y 77 de la LOTC,) conllevan la suspensión de las mismas que fue ratificada por el TC. El panorama en la actualidad no puede ser más confuso ya que, si se celebrasen nuevamente elecciones autonómicas, solo dos Comunidades Autónomas podrían realizarlas con una regulación electoral que mandata la paridad y en el resto de las Comunidades Autónomas sería la voluntad de los partidos políticos la que decidiría que hubiera o no una proporción adecuada de mujeres en las cámaras legislativas.

La argumentación de los recursos en los cuatro casos es la misma y coincide con la posición que mantiene una parte de la doctrina<sup>21</sup>, ya que -como dice Peces Barba- tanto las posturas a favor como en contra de la reserva de cuotas para las mujeres “pueden encontrar siempre razones en el acervo ideológico de la cultura política y jurídica modernas para apoyar de forma ilustrada sus conclusiones”<sup>22</sup>.

## 2.- El debate doctrinal

La doctrina española, como ha ocurrido en algunos Estados europeos, ha valorado de forma diferente el encaje de la paridad en el sistema normativo formando un amplio abanico que alberga desde las posturas que consideran sería necesaria la reforma de la Constitución Española para introducir la paridad por atentar al concepto de igualdad, las que llegan a afirmar, incluso, que se pone en riesgo el propio contrato social<sup>23</sup>, próximas al criterio defendido por el CC francés (principio de soberanía), hasta las que consideran la paridad como un reconocimiento de la dualidad estructural del género humano en la igualdad<sup>24</sup>. En el caso de ser reguladas por ley de Comunidades Autónomas (como nuestro caso) se añadiría la falta de competencia del legislador autonómico. La opinión más generalizada, y en la que coinciden doctrina y opinión pública, la entiende como el acceso paritario de las mujeres a los centros de la decisión política, lo que permitirá su autonomía y hacer valer sus prioridades sociales, económicas y culturales.

El debate, por tanto, gira en torno a la idea de paridad y qué efectos se le atribuyen. Así, se ha dicho: que la paridad es la posibilidad de crear una normativa electoral que permita la participación política de las mujeres en condiciones de igualdad con el hombre<sup>25</sup>, que la democracia paritaria no es un fin en sí misma sino que cumple la misión de crear una sociedad más igualitaria<sup>26</sup>, y que la introducción de la diferencia sexual en lo político, esto es, la democracia paritaria, además de los condicionamientos jurídicos y de las técnicas utilizadas que conlleva, ha de dilucidarse, quierase o no, en sede política, pues afecta a la representación que es el núcleo más importante de articulación de la democracia<sup>27</sup>. Por tanto, las medidas que se adopten no pueden ser transitorias porque la democracia paritaria exige una modificación radical de los presupuestos en los que descansa la organización de la democracia como forma política<sup>28</sup>.

<sup>19</sup> En la actualidad el nuevo ejecutivo no ha retirado estos recursos y las dos de Euskadi y Andalucía por 50 señorías del grupo parlamentario popular.

<sup>20</sup> La ley había sido publicada en el BOPV el 2 de marzo de 2005.

<sup>21</sup> Desde el punto de vista jurídico-constitucional las cuotas han sido criticadas por atentar al principio de la soberanía, al principio de la igualdad y a la libertad de los partidos políticos.

<sup>22</sup> Peces Barba, G. “De la igualdad normativa a la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elecciones “publicado en “Los derechos entre la ética, el poder y el derecho” Dikynson 2000.

<sup>23</sup> REY MARTÍNEZ, F. “Cuotas electorales y representación política de las mujeres”. Aequalitas, n° 1, 1999.

<sup>24</sup> Esta fue la conclusión a la que llegó la Unión Interparlamentaria cuando adoptó un plan para corregir los desequilibrios de hombres y mujeres en la vida política realizando la consulta a todos los Parlamentos nacionales. Sin pretender realizar nuevas propuestas -cosa que hizo un año después de finalizado el estudio- confirmaba que era necesario un nuevo contrato social “no para promover un sexo en perjuicio del otro sino auténticamente por el bien común. Este contrato debe girar alrededor de dos conceptos “paridad”: personas de uno y otro sexo son diferentes y sin embargo iguales y colaboración puede iniciarse una dinámica creativa entre el hombre y la mujer para afrontar eficazmente los problemas de la comunidad” (“La democracia por perfeccionar”. Serie Informes, núm. 28. UI. Ginebra. 1997.

<sup>25</sup> BALAGUER, M.L. “Posibilidad constitucional de una ley de igualdad electoral”. Actas del coloquio F. Alternativas, 2000.

<sup>26</sup> RUIZ MIGUEL, A. Paridad electoral y cuotas femeninas. Aequalitas, n° 1, 1999.

<sup>27</sup> CALVO, C. Actas del coloquio “Ley electoral española y democracia paritaria”. Fundación Alternativas. Madrid. 1999.

<sup>28</sup> PÉREZ ROYO, J. Actas del coloquio, “Ley electoral española y democracia paritaria”. Madrid, mayo 1999.

## DOCTRINA

Respecto a los mecanismos necesarios para su consecución, la postura que considera ineludible la reforma constitucional se puede sintetizar como sigue: la igualdad en el Estado constitucional es el resultado de la afirmación de la dignidad del ser humano, de la autonomía individual (concepto universal), que desde una perspectiva política, se delimita territorialmente y se define por medio de la voluntad general. Voluntad general e igualdad se identifican y la participación individual de todos en la formación de la voluntad es lo que nos convierte en ciudadanos (en un país, en un territorio). El vehículo para ello es el voto por el que se materializa el momento constituyente de la igualdad política. La democracia paritaria debería situarse en un paso anterior al nacimiento del concepto de igualdad constitucional por lo que se considera necesaria la reforma de la Constitución para introducirla en nuestro ordenamiento<sup>29</sup>. El único poder legitimado para ello es el poder constituyente que es el que formaliza el concepto de igualdad previo a la aprobación de la Constitución. El artículo 14 expresa una forma de entender la igualdad, distinta de la democracia paritaria, una igualdad formal que no permite, de entrada, diferencias. Si preconditionamos la igualdad estableciendo unos requisitos determinados, como sería en nuestro caso el reconocimiento de la existencia de dos sujetos constitucionales, o lo que es lo mismo, la incorporación sexuada en la definición del sujeto constitucional, tendríamos que retrotraernos a un estado previo a la definición constitucional de igualdad<sup>30</sup>. Dicho de otro modo “la igualdad en la que la justicia consiste condiciona, en efecto, en primer lugar la forma de constituir la ciudad, de distribuir el poder”<sup>31</sup>.

### 3.- La Soberanía

El art. 1º apartado 2 de la CE dice: “La soberanía nacional reside en el pueblo, del que emanan los poderes del Estado”. Este punto nos lleva a la reflexión acerca de la soberanía y la representación, dos conceptos claves, ya que lo que se cuestiona con la democracia paritaria es la forma en que está representada o construida la soberanía popular. La proclamación constitucional no es obstáculo para que la misma Constitución “reconozca y garantice el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones...” (art. 2 CE), que el propio Estado se organice territorialmente en municipios, provincias y Comunidades Autónomas (art. 137 CE), ni tampoco que los Parlamentos de las Comunidades Autónomas representen a los respectivos pueblos y emitan leyes<sup>32</sup>, por no recordar las uniones interestatales o la política económica...

De igual manera la representación, -se dice- en tanto en cuanto lo es del pueblo como una unidad, tiene que ser igual suprimiendo cualquier distinción por razón de nacimiento a la hora de formar una Cámara constituyente capaz de representar a toda la nación. De ahí derivan la existencia de una incompatibilidad entre las cuotas electorales y el concepto de representación asumido por un Estado democrático, ya que todos los diputados representan a todos los ciudadanos españoles y no a ningún grupo social en especial. Si distinguimos a los candidatos por su sexo o por cualquier otro rasgo se lesiona el grave dogma de la unidad y homogeneidad del cuerpo electoral, poniéndose en riesgo el propio contrato social<sup>33</sup>. Tanto esta parte de la doctrina como la fundamentación de los recursos alegan que aprobar una proporcionalidad en base al sexo abriría la demanda de otros colectivos como ancianos, etnias, discapacitados con la consiguiente fragmentación del cuerpo electoral.

A las razones apuntadas en la introducción, sobre la representación y el derecho de sufragio, añadiremos que en ninguno de los países en los que se ha aplicado algún criterio de proporcionalidad se ha derivado fragmentación o división alguna del cuerpo electoral. Pero además del dato de referencia, según la teoría tradicional de la representación el cuerpo electoral es nacional aunque el sistema electoral imponga su división en circunscripciones. Dicho cuerpo electoral elige un conjunto de representantes que, integrados en un órgano colegiado, expresan una voluntad que se imputa a la totalidad de la nación. Pues bien, la democracia paritaria no supone la quiebra de ninguno de estos elementos. En primer lugar porque el cuerpo electoral no se divide en razón de sexos. En segundo lugar, porque no se impone a las personas votar sólo a los candidatos de su mismo sexo. Y

<sup>29</sup> Esta posición afirma que la persona es el sujeto de derechos. Estos derechos serán reconocidos por el Estado. El Estado nace, por consiguiente, con un determinado concepto de igualdad. Si esta quiere modificarse debe hacerse en el pacto fundacional.

<sup>30</sup> PÉREZ ROYO, J. Actas del coloquio, op.cit.

<sup>31</sup> RUBIO LLORENTE, F. La forma del poder. Estudios sobre la Constitución. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 17.

<sup>32</sup> El TC en la Declaración de 01/07/1992 para fundamentar la atribución del derecho de sufragio a los que no son nacionales argumentaba que dicha atribución no contraviene ni contradice la afirmación del art. 1.2 de la CE ya que sólo se daría la colisión de preceptos si los órganos municipales fueran “de aquellos que ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía”. Algún autor ha defendido que sólo en las elecciones generales se ejerce la soberanía (Presno) considerando una incoherencia conceptual la postura del TC.

## DOCTRINA

por último, porque los hombres y las mujeres que resulten elegidos representan a los ciudadanos en su conjunto y no a los intereses de un grupo sexual determinado”<sup>34</sup>.

Es más, la noción de representación comporta la semejanza del representante con el representado. Lo que caracteriza la representación es que en todo momento se pueda comparar la representación al objeto representado y juzgar si la representación es fiel<sup>35</sup>. La relación se establece de acuerdo a las afinidades políticas entre candidaturas (partidos políticos) y electores, y esta relación, se incrementa cualitativamente cuando los electores se reconocen con los electos y con las posiciones políticas que éstos mantienen. A juicio del TC “la representación se funda en la presunción de que la voluntad del representante es la voluntad de los representados (STC 10/1983 21/02) que será tanto mas fuerte cuanto mayor seguridad exista en que los ciudadanos han podido escoger a las personas que realmente desean que ostenten su representación.

Aquí cabría preguntarse si las mujeres se reconocen en las propuestas que hacen los representantes que nos representan a toda la ciudadanía o mejor si consideran que también hacen falta otras iniciativas que, curiosamente, sólo se han propuesto a instancia de las mujeres<sup>36</sup>.

#### 4.- La igualdad

La segunda cuestión que se plantea es la vulneración de la igualdad de toda la ciudadanía por incluir en las listas electorales un porcentaje de mujeres.

Nuestra constitución regula la igualdad como principio (art.1.1 CE)<sup>37</sup>, como derecho público subjetivo y como igualdad material (art. 9.2 CE)<sup>38</sup>. La paridad electoral se impugna por considerar que se establece el sexo como requisito de elegibilidad lo que quiebra la igualdad jurídica de los elegibles (14 CE<sup>39</sup>), ya que el legislador debe ser neutral respecto al sexo, no pudiendo establecer diferencias en la categoría de ciudadano con base en la prohibición del art. 14 CE en relación con el art. 23.2<sup>40</sup> CE y el art. 68.5<sup>41</sup> CE, por lo que procedería reformar la Constitución. En suma no se podría utilizar el mandato promocional de la igualdad (art. 9.2 CE) para potenciar la presencia de las mujeres en las instituciones representativas.

Como reiteradamente ha manifestado el TC, no está prohibida cualquier diferenciación normativa sino solamente aquellas que determinen realmente una diferencia peyorativa que reclame la igualdad de trato para su corrección. No obstante y por ello, el TC establece determinadas exigencias para que la diferenciación legal sea constitucionalmente admisible desde la perspectiva de la igualdad en la ley. En la Sentencia 222/1992 el TC se expresa así: “las diferenciaciones normativas habrán de mostrar en primer lugar un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse además en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas”.

Por otra parte, la interpretación sistemática que el TC hace de las tres disposiciones de la Constitución en materia de igualdad (art. 1.1, 14 y 9.2) no arroja dudas: 1º.- sobre la posibilidad de que en aras de la igualdad material se limite el derecho fundamental a la igualdad de trato, es decir, se introduzcan medidas de discrimina-

<sup>33</sup> REY MARTÍNEZ, op.cit. pág. 53.

<sup>34</sup> BIGLINO, P. “Las mujeres en los partidos políticos”, en *Mujer y Constitución en España*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. pág. 414.

<sup>35</sup> BURDEAU, G. *Manual de Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. LGDJ, París, 1995.

<sup>36</sup> También llama la atención las imágenes del Congreso cuando se defienden propuestas afines directamente a las mujeres, o las que socialmente se califican de tales, así como la defensa hecha sólo por mujeres –ante alguna salida de tono dirigida a alguna mujer–, como si el honor de todo el grupo político y social no estuviera en ese caso en entredicho.

<sup>37</sup> Art. 1.1 CE: “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

<sup>38</sup> Art. 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos que se integran reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

<sup>39</sup> Art. 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

<sup>40</sup> Art. 23.2 CE: “Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

<sup>41</sup> Art. 68.5 CE: “Son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos.

La ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España”.

## DOCTRINA

ción positiva. 2º.- tampoco que la rigurosa igualdad de trato sea constitucionalmente exigible cuando están en juego derechos fundamentales, uno de los cuales, el de la participación del artículo 23 CE, se halla evidentemente en juego en lo que a las listas electorales se refiere<sup>42</sup>.

Asimismo al aplicar una diferencia normativa hemos de tener en cuenta su relación con la dignidad para determinar si la diferencia es o no discriminatoria en cuanto que el resultado afecte peyorativamente a las personas implicadas. Pues bien de forma explícita el TC justifica, como medidas encaminadas a lograr la igualdad real, las acciones positivas que el legislador puede establecer a favor de las mujeres porque, en su jurisprudencia, la referencia al sexo en el artículo 14 CE implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer. Con todo, en la perspectiva del artículo 9.2 CE de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una igualdad real y la efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas que traten de asegurar la igualdad objetiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.<sup>43</sup>

En el caso que nos ocupa diremos que está claro que se trata de una diferencia que opera como respuesta a una situación de hecho en la que la participación activa de las mujeres en la vida política es considerablemente menor que la de los hombres, en la que las tasas de militancia son aún menores y en la que la representación femenina en los puestos de dirección de los partidos, de las administraciones públicas y en los órganos de representación se halla muy por debajo de la participación que tienen en el cuerpo electoral. La esfera política ha sido un espacio adjudicado legalmente a los hombres en el que el mismo legislador ha establecido un status de subordinación para la mujer. En otras esferas de acción social (como la laboral, por ejemplo) el legislador ha tratado de paliar los efectos de la Historia mediante medidas de acción positiva, por lo que no parece que concurren en el caso las razones generales que justifican un pronunciamiento de inconstitucionalidad por diferenciación de sexo<sup>44</sup>.

Abundando en lo dicho el derecho de sufragio regulado en el art. 23.2 CE es un derecho que necesariamente tiene que ser ejercido en condiciones de igualdad<sup>45</sup> con los requisitos que señalen las leyes. Balaguer señala al respecto que las “condiciones de igualdad del artículo 23 CE se interpretan por la jurisprudencia constitucional como una referencia al propio artículo 14 CE por lo que no debería estar vedado a medidas de discriminación positiva favorecedoras de la igualdad material”<sup>46</sup>.

## 5.- La libertad de los Partidos Políticos

Como hemos dicho no se ha discutido<sup>47</sup> que los partidos políticos puedan autoimponerse cuotas para presentar candidaturas<sup>48</sup> pero sí se ha cuestionado cuando la norma proviene de una ley y por tanto deviene una obligación ineludible. El profesor Rey Martínez polemiza sobre la constitucionalidad de la regulación por ley de medidas que obligarían en su cumplimiento a los partidos políticos, debido a que podrían lesionar su derecho a presentar los candidatos que libremente seleccionen y afectar también a las libertades de asociación, ideología y de ejercicio (art. 22, 16.1 y 6 CE), así como a la propia idea de democracia pluralista. Por el contrario, Ruiz Miguel, que ha reflexionado abundantemente sobre esta cuestión, no comparte este criterio limitativo sobre las cuotas y la libertad de los partidos políticos porque, si bien es cierto las cuotas que condicionan a los partidos

<sup>42</sup> Freixes, Biglino, López Guerra, Balaguer, Martínez Sospedra mantienen esta posición.

<sup>43</sup> STC 229/1992.

<sup>44</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. “La sombra de Agamenón. Sobre la constitucionalidad del establecimiento de cuotas por razón de sexo en las listas electorales”, excelente análisis al respecto publicado en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 30/31, invierno-primavera, 2000, pág. 115.

<sup>45</sup> Estas condiciones de igualdad no impiden, por otra parte, que las leyes electorales impongan requisitos a las candidaturas, requisitos que pueden ser clasificados en dos grandes grupos: los que afectan al derecho fundamental, al sufragio pasivo, como las inelegibilidades (6 y 7 LOREG) y las incompatibilidades (155, 159, 178, 203 y 211 LOREG), que respectivamente impiden a determinadas personas concurrir a elecciones o que si obtienen el escaño puedan desempeñarlo sin renunciar a un cargo o trabajo incompatible con él.

<sup>46</sup> BALAGUER, M.L. “La posibilidad constitucional de una ley de igualdad electoral”. *Actas del coloquio F. Alternativas*, 2000, pág. 14.

<sup>47</sup> Incluso en el mismo pronunciamiento de la Corte Constitucional Italiana se dice que la igualdad constitucional no permite establecer diferencias en base al sexo reconoce expresamente que los partidos políticos pueden regular las cuotas internamente. En otras palabras: liberan a los partidos políticos de cumplir el precepto constitucional.

<sup>48</sup> La profesora Campillo reflexiona acerca del diferente juicio que merece la misma cuestión según sea masculino o femenino el sujeto proponente: “mientras que el reparto de cuotas se hizo por familias ideológicas, nadie planteó problemas de legitimidad... cuando se convierte en una medida contra el sexismo de los partidos políticos, es cuestionada como una medida contra los valores de igualdad, libertad y fraternidad”, *El feminismo con a crítica*, Ed. Tandem. 1997, pág. 17.

## DOCTRINA

en la configuración de las listas, la libertad de los partidos políticos no está concebida como una libertad absoluta, ya que recaen sobre la misma algunas limitaciones que la propia LOREG establece<sup>49</sup> (listas cerradas y bloqueadas, inelegibilidades, incompatibilidades, inscripción en el censo, obligatoriedad de presentar tantos candidatos como puestos a cubrir más los suplentes, la filiación del candidato, etc.).

Importancia tiene destacar que, en nuestro Estado, los partidos políticos son un tipo de asociación de especial relevancia constitucional, con una naturaleza constitucionalmente predeterminada en el artículo 6 CE, de la que también se derivan algunas exigencias: responder a su finalidad constitucional de ser instrumento fundamental para la participación política<sup>50</sup> y poseer una estructura interna y un funcionamiento democráticos.

Es por ello que la libertad de asociación que en los partidos políticos se expresa en su creación y posteriores actividades no es un principio absoluto sino que debe ejercitarse dentro del respeto a la Constitución y a la Ley, como tempranamente definió el TC (STC 3/1981).

La reciente LOPP 6/2002, alude a la carencia legislativa a la hora de concretar las exigencias constitucionales a los partidos políticos haciendo mención explícita del “entendimiento de los principios democráticos y valores constitucionales que deben ser respetados en su organización interna y actividad externa así como a los procedimientos para hacerlos efectivos” (Exposición de Motivos). Ello nos lleva al encaje de la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos de la vida como un objetivo constitucionalmente deseable, cuya prosecución (como hemos repetido hasta la saciedad) es un mandato a los poderes públicos (art. 9.2 CE).

El artículo 9.1 LOPP abunda, asimismo, en el contenido constitucional del artículo 6, al disponer que los partidos políticos deben respetar en sus actividades los valores constitucionales expresados en los principios democráticos y en los derechos humanos desarrollando las funciones que constitucionalmente se le atribuyen de forma democrática y con pleno respeto al pluralismo<sup>51</sup>.

En el fondo de estas dos opiniones contrapuestas subyace el dilema entre libertad e igualdad, ambas consagradas como principios constitucionales (art. 1.1 CE) que deben ser valorados como tales, como también debe ser valorada la definición de nuestro Estado como social y democrático de derecho en el que el tratamiento diverso de situaciones distintas “puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra como superiores...<sup>52</sup>”. Se trata, además, de poner de manifiesto la interacción que el principio social ha de ejercer sobre el principio democrático, en una obligada comprensión integral de la fórmula del art. 1.1 CE<sup>53</sup>.

## 6.- Limitación del derecho a ser candidato

Ligado a la libertad de los partidos políticos y como consecuencia de la obligación de configurar las listas en alternancia o mediante porcentajes, se incide, y sirva como ejemplo el recurso a la ley de Andalucía, en que “la colocación alternativa mujer-hombre veta la posibilidad de formar parte de candidaturas, y por tanto de convertirse en representantes en el Parlamento a personas, en razón de su sexo, cuando rebasen junto a otros concurrentes de su mismo género una barrera establecida arbitrariamente por el legislador...” lo que ocasiona una lesión, que se une a la demanda de libertad para los partidos políticos, del derecho a ser propuesto (obviamente los hombres en general) ya que las mujeres, solo persiguen la paridad cuando se reclama una reserva de puestos para las mujeres<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> RUIZ MIGUEL, A. y REY MARTÍNEZ, F. publicaron en *Paridad electoral y cuotas femeninas*. Aequalitas, nº 1, 1999, sus puntos de vista sobre esta cuestión.

<sup>50</sup> Lo que les confiere una responsabilidad sobre la articulación de esta participación.

<sup>51</sup> Holgado, M. en *Financiación de partidos y Democracia Paritaria*. REP nº 115, enero-marzo 2002, y FELIU, D. “Constitucionalitat de les mesures de Democràcia Paritària en el sistema autonòmic”, en *El Clip* nº 20, Institut d’Estudis Autonòmics, novembre 2002, aportan interesantes reflexiones en este campo.

<sup>52</sup> STC 34/1981 de 10/11.

<sup>53</sup> FOSSAS, E. “El derecho de acceso a los cargos públicos”, Tecnos, 1993, y FELIU, D. “Constitucionalitat de les mesures de la Democràcia Paritària en el sistema electorals autonòmic”, *El Clip*, Generalitat de Catalunya. IEA.

<sup>54</sup> Nadie ha esgrimido este derecho *sensu contrario*.

## DOCTRINA

Además del juicio de valor que encierra este razonamiento (mas hombres que mujeres con opción a figurar en las listas, presunción de que los partidos políticos dificultan la nominación de mujeres...) existen otras razones objetivas y de mayor calado como es la determinación de candidato es en su integridad obra de la ley pudiendo establecer, entre otros, requisitos de elegibilidad y supuestos de inelegibilidad. No obstante y previamente existe una selección que se realiza sin ningún tipo de criterios legales, donde el principio democrático queda a merced de los partidos políticos que pueden autonormarse al efecto pero también excepcionar la norma “a voluntad” (con el pretexto de elegir equipo, o como un reconocimiento o una consecuencia mas del liderazgo que, de momento, es detentado mayoritariamente por los hombres).

Ninguna persona puede esgrimir el derecho a ser incluido en una lista, pese que muchas se consideren con derecho a ello. Pero, en el contexto propio de esta reflexión la respuesta debe ser negativa con base, además de la lógica de los hechos, en la jurisprudencia del TC, cuya sentencia 71/1989<sup>55</sup> admite que el contenido de este derecho radica en el derecho subjetivo de carácter público que tiene el candidato que satisface los requisitos que exige la ley electoral, alcance la elección, y se halle habilitado para tomar posesión y ejercer el cargo de representante (CE Y LOREG en nuestro caso)<sup>56</sup>. En consecuencia para ser titular del derecho de sufragio pasivo es indispensable ser candidato pero no es suficiente ostentar la condición de candidato.

### 7.- Vulneración del marco competencial

El argumento, en este supuesto, es la disponibilidad exclusiva del legislador nacional para establecer cuanto afecta al régimen electoral general como es el caso: a quienes se puede elegir y bajo qué condiciones.

Para valorar la competencia del legislador autonómico, la normativa a tener en cuenta en relación con la competencia autonómica es la siguiente: el artículo 152.1 CE que prevé que las elecciones de las personas que conforman las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas se regularán y organizarán por los respectivos Estatutos de Autonomía, debiendo ajustarse a los siguientes principios: sufragio universal, representación proporcional y garantía de que estén representadas las diversas zonas del territorio. Todo ello en el marco del régimen electoral general que la Constitución dispone en el artículo 149.1.1 en virtud del cual el Estado tiene competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos, entre los que se cuenta la ordenación del derecho de sufragio prevista en el artículo 23 de nuestra Carta Magna. El artículo 1.2 de la LOREG disponiendo que dicha ley es aplicable a las elecciones de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas “en los términos que establece la Disposición Adicional Primera teniendo en todo lo demás carácter supletorio”. En esta Disposición Adicional Primera se enumeran los preceptos del Título I de la Ley que son de aplicación a las Comunidades Autónomas y que, en opinión del legislador estatal cumplen la función de preservar la igualdad de toda la ciudadanía. Y, por último, los preceptos de los respectivos Estatutos de las Comunidades Autónomas que norman la materia electoral que afecta a sus instituciones de autogobierno, por lo que la legislación aplicable es la de la propia Comunidad desarrollada en las leyes electorales respectivas.

Es importante destacar que en el listado de los preceptos que deben ser aplicados a las elecciones de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas no se encuentran los que establecen los requisitos para la presentación de candidaturas. Es más, el punto 3 del artículo 46 de la LOREG, a tenor del cual “cuando la presentación deba realizarse mediante listas cada una debe incluir tantos candidatos como cargos a elegir...”, ha sido expresamente excluido de este inventario en el que sí figuran seis de los nueve puntos de que consta el ci-

<sup>55</sup> Por eso el TC ha señalado al respecto que “con anterioridad a la publicación de las candidaturas presentadas, no puede hablarse, en rigor, de candidatos electorales reconocidos como tales por la Administración, existiendo sólo un acto inicial de propuesta a cargo de los promotores de la candidatura y una mera recepción administrativa del escrito que la incorpora. Aún no eficaz, por lo tanto, ese acto primero de los promotores –y no siendo todavía, por lo mismo, “candidato” quien haya sido propuesto nada impide, de principio, el que, antes del acto formal mediante el cual se dispone por la Junta la publicación de las candidaturas, pero dentro aún del plazo para su presentación, se pueda controvertir por su mandante los actos realizados por los representantes electorales con arreglo a las normas comunes antes citadas y a afectos, por ejemplo, de depurar eventuales extralimitaciones en el desempeño del poder conferido. Ni en tal supuesto se afectaría al derecho fundamental de quien todavía no ha sido tenido por candidato mediante la correspondiente publicación”.(STC 78/87 de 26 de mayo).

<sup>56</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., compañero y amigo, con el que compartimos la reflexión, lo expresa con rotundidad: “En nuestro ordenamiento constitucional no existe ciudadano alguno que sea titular de un derecho subjetivo de carácter público y naturaleza fundamental a ser incluido en las propuestas de candidatura que presentan y/o agrupaciones de electores”, op.cit. pág. 123.

## DOCTRINA

tado artículo 46. Recordemos que los preceptos autonómicos incurren en el trámite de presentación de las listas para llevar a cabo la reforma de sus leyes electorales, materia que puede ser modulada por el legislador autonómico con capacidad para introducir –como en este caso determinados requisitos a la hora de conformar las listas electorales de su Comunidad.

Por nuestra parte estimamos que: 1º.- establecer una única regla legal que da idéntico trato a toda la ciudadanía sea cual sea su sexo con la finalidad de promover iguales oportunidades de acceso al cargo electivo por las razones que se apuntan en las Exposiciones de Motivos de dos de las leyes recurridas y que hacen referencia a los preceptos estatutarios que preconizan la efectiva igualdad de hombres y mujeres, es perfectamente legítimo para las Comunidades Autónomas, máxime si tenemos en cuenta la organización territorial de nuestro Estado que –como hemos visto sólo considera de su competencia exclusiva las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles (art. 149.1.1 CE). Esta legitimidad de las Comunidades Autónomas viene determinada tanto por la Constitución como por los respectivos Estatutos, el de la C.A. de Andalucía, por ejemplo, atribuye como competencia exclusiva “normas y procedimientos electorales para la constitución de sus instituciones de autogobierno” (art. 13.5), que se completa en los artículos 28 y 29<sup>57</sup>.

2º.- las listas electorales no son, según la LOREG, condición básica del derecho de sufragio y el hacerlas según disponen las dos leyes autonómicas no supone restricciones al derecho a ser elegido, ya que no prohíben a nadie, hombre o mujer, figurar en una lista, tampoco supone un límite al universo de extracción de los candidatos, ni se configura ninguna prohibición a personas determinadas. Lo único que se pretende por el legislador autonómico es organizar y delimitar el ejercicio del derecho de sufragio pasivo que, en este caso, es simple expectativa. La justicia del TC es amplia en la definición de los derechos de las personas que figuran en una candidatura y expresamente se ha manifestado respecto a la falta de “repercusión alguna sobre los derechos que se declaran en el artículo 23 CE... que no resultan menoscabados, ni afectados siquiera por el orden en el que los candidatos aparezcan en la lista electoral”<sup>58</sup>.

### En conclusión

Podríamos seguir razonando incansablemente, siempre manteniendo el rigor de lo aquí consignado, aunque, tengo que confesar me exaspera “un poco bastante” explicar lo obvio. No se puede negar la histórica discriminación de la mujer que se mantiene, también, en y desde el origen del Estado moderno, ni tampoco desconocer que a las mujeres se las ha excluido única y solamente por ser mujer. Como Pérez Royo recordaba no hace mucho<sup>59</sup>, la desigualdad entre mujeres y hombres se perpetúa a pesar de que, a partir del siglo XVII, Hobbes plantea un nuevo contrato social que descansa sobre la igualdad.

La Constitución sustenta nuestro Estado sobre cuatro valores fundamentales: libertad, igualdad, justicia y pluralismo político, que deben ponerse en juego en cualquier desarrollo e interpretación del texto constitucional. Tanto en los recursos interpuestos como en la defensa que se hace de las leyes, y gran parte del debate doctrinal, acuden a los dos pilares básicos de nuestro Estado: la igualdad, que se utiliza indiferenciadamente como causa para legitimar o censurar la Democracia Paritaria, y la libertad. Es irrelevante que la primera tome como sujeto a la ciudadanía y la segunda a los partidos políticos, estamos hablando de un binomio siempre en tensión hasta el punto de ser considerados estos dos derechos indistintamente como presupuesto y consecuencia el uno del otro.

<sup>57</sup> **Artículo 28.-** 1. La circunscripción electoral es la provincia. Una Ley del Parlamento andaluz distribuirá el número total de Diputados. Ninguna provincia tendrá más del doble de Diputados que otra. 2. La elección se verificará atendiendo a criterios de representación proporcional. Se utilizará para ello el mismo sistema que rija para las elecciones al Congreso de los Diputados. 3. Las elecciones tendrán lugar entre los treinta y sesenta días posteriores a la expiración del mandato. Los Diputados electos deberán ser convocados para la sesión constitutiva del Parlamento dentro de los veinticinco días siguientes a la celebración de las elecciones. 4. Serán electores y elegibles todos los andaluces mayores de dieciocho años que estén en pleno goce de sus derechos políticos. La Comunidad Autónoma facilitará el ejercicio del derecho de voto a los andaluces que se encuentren fuera de Andalucía.

**Artículo 29.-** Una Ley del Parlamento Andaluz regulará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad para las elecciones al mismo.

<sup>58</sup> STC 61/1987, de 20 de marzo.

<sup>59</sup> Javier Pérez Royo consideró ‘llamativo’ que se perpetúe la desigualdad entre hombres y mujeres a pesar de que a partir del siglo XVII Hobbes plantea un nuevo contrato social que descansa sobre la igualdad. “El contrato social fue masculino durante esos siglos, las mujeres no entraban en él, pero lo más llamativo es la persistencia de la discriminación de la mujer”, reflexionó. EL PAÍS (ANDALUCÍA), VIERNES 8 DE ABRIL DE 2005.

## DOCTRINA

Nos unimos a la opinión que defiende la congruencia de la paridad con estos valores, que vienen a ser reafirmados estando, como están, todos ellos incardinados en el principio democrático. Las leyes electorales que desarrollan la paridad se sitúan en el espíritu de las Constituciones europeas que, aplicando un concepto de la igualdad, acorde con su evolución no se contentan con el “Todos, los, nadie, se reconoce...” genéricos, para hablar de derechos, sino que han estimado imprescindible nombrar a mujeres y hombres como sujetos constitucionales.

Nombrar a las mujeres y a los hombres en la Constitución es reconocer la ausencia de las mujeres (nuestra ausencia) en la configuración del Estado. Sería imprescindible se tuviera en cuenta la evolución de las Constituciones que inspiraron nuestra Carta Magna en la interpretación que se hace de la misma porque los derechos no son estáticos sino que evolucionan ampliando sus contenidos iniciales, siguiendo el proyecto de “establecer una sociedad democrática avanzada” (Preámbulo CE). Regular la paridad electoral no ataca ningún precepto constitucional, lo que hace es perfeccionar la representación y la democracia, que no es incompatible con el reconocimiento constitucional de la dualidad del ser humano, mujer u hombre, en una posible reforma constitucional o estatutaria.

## LEGISLACIÓN

## DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO SOBRE EL TEMA «PEKÍN +10: EVALUACIÓN DE LOS PROGRESOS LOGRADOS EN EL CAMPO DE LA IGUALDAD ENTRE LOS GÉNEROS EN EUROPA Y EN LOS PAÍSES EN DESARROLLO» (2005/C 221/11)<sup>60</sup>.

El 16 de diciembre de 2004, de conformidad con el apartado 2 del artículo 29 de su Reglamento Interno, el Comité Económico y Social Europeo decidió elaborar un dictamen de iniciativa sobre el tema: “Pekín +10: Evaluación de los progresos logrados en el campo de la igualdad entre los géneros en Europa y en los países en desarrollo”.

La Sección Especializada de Relaciones Exteriores, encargada de preparar los trabajos en este asunto, aprobó su dictamen el 12 de enero de 2005 (ponente: Sra. FLORIO).

En su 414o Pleno de los días 9 y 10 de febrero de 2005 (sesión del 9 de febrero), el Comité Económico y Social Europeo ha aprobado por 135 votos a favor, 1 voto en contra y 6 abstenciones el presente Dictamen.

### 1. Introducción

1.1 Del 28 de febrero al 11 de marzo de 2005, la 49a sesión de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de Naciones Unidas se dedicará a la evaluación de la aplicación de la Plataforma de Acción y de la Declaración de Beijing, aprobadas en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Pekín, 1995), y de los Documentos finales aprobados durante la 23a Sesión Especial de la Asamblea General “Mujeres 2000: Igualdad de género, desarrollo y paz para el siglo XXI” (Nueva York, 2000), en la que se llevó a cabo un primer seguimiento de los avances logrados y de los obstáculos existentes en la senda hacia la igualdad entre hombres y mujeres.

1.2 En dicha ocasión, la Asamblea General aprobó una resolución sobre “Nuevas medidas e iniciativas para la aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing”, así como una Declaración Política en la que los Estados miembros se comprometieron a reunirse, diez años después de la aprobación de la Plataforma de Acción, para evaluar el progreso alcanzado y examinar nuevas iniciativas.

1.3 Tal como se prevé en el programa de trabajo plurianual de la Comisión de la Condición Jurídica y So-

cial de la Mujer, los trabajos de la 49a Sesión se centrarán en los progresos realizados en las doce áreas concretas de la Plataforma de Acción y en la determinación de los retos actuales y las estrategias de futuro para fomentar el desarrollo y la capacitación de las mujeres y las niñas. Para favorecer el diálogo en esta ocasión, la reunión estará abierta a una amplia participación de las delegaciones de los Estados miembros, la sociedad civil y las organizaciones internacionales.

1.4 El compromiso de Naciones Unidas ha sido fundamental para dar una dimensión internacional al problema de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres: en 1975 se convoca la Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer en la que se proclama el inicio de la Década de la Mujer (Ciudad de México); en la Segunda Conferencia (de mitad de decenio — Copenhague, 1980), los gobiernos comienzan a firmar (57) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1979), que constituye una de las piedras angulares del difícil camino hacia la igualdad entre hombres y mujeres; en la Tercera Conferencia (Nairobi, 1985) se aprueba el plan de acción “Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer”, mediante el que gobiernos y organizaciones internacionales proclaman el objetivo de la paridad.

1.5 Otro paso adicional en el proceso de reconocimiento de la especificidad femenina y del papel de las mujeres viene dado con la Resolución 1325 de 2000 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre las mujeres, la paz y la seguridad (mediante la que se reconoce que la repercusión de la guerra en las mujeres es diferente y se confirma la necesidad de reforzar su papel en los procesos decisorios de prevención y solución de conflictos); no obstante, de forma general, hace más de una década que el tema del avance de las mujeres figura en las conclusiones de todas las conferencias importantes y las reuniones internacionales que promueve Naciones Unidas<sup>61</sup>.

1.6 Otro momento importante es la Cumbre del Mile-

<sup>60</sup> Diario Oficial n° C 221 de 08/09/2005 p. 0046 – 0051.

<sup>61</sup> Conferencia sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 1992), Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (Viena, 1993), Sesión Especial de la Asamblea General de NU sobre el SIDA (Nueva York, 2001), Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994), Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, 1995), Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (Durban, 2001), Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo (Monterrey, 2002), Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento (Madrid, 2002) y Cumbre Mundial para el Desarrollo Sostenible (Johannesburgo, 2002), Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (Ginebra, 2003 — Túnez, 2005).

## LEGISLACIÓN

nio de Naciones Unidas, celebrada en septiembre de 2000 y en la que los Estados miembros fijaron ocho objetivos claros y cuantificables (Objetivos de desarrollo para el Milenio) con el fin de reducir de forma significativa la pobreza, el hambre, las enfermedades y el deterioro del medio ambiente antes de 2015. La Declaración del Milenio también está motivada por la necesidad de elaborar una lista coherente de las prioridades subrayadas durante la década precedente en las diversas conferencias y cumbres celebradas a nivel internacional. Dentro de los objetivos, el tercero se dedica al fomento de la igualdad entre hombres y mujeres y a la capacitación de las mujeres, que está íntimamente ligado a la educación y la formación; por lo demás, en el quinto se aborda la salud en materia de procreación. En definitiva, la dimensión de la igualdad entre hombres y mujeres es transversal a los ocho puntos.

## 2. Observaciones generales

2.1 Aunque el sistema de Naciones Unidas haya fijado un marco jurídico importante para lograr la igualdad entre hombres y mujeres, a veces existe una falta de coherencia entre las intenciones sobre el papel y la aplicación práctica de los principios dentro de los países, así como en sus políticas comercial y de desarrollo. De hecho, la plena realización de los derechos civiles, económicos, sociales y políticos de las mujeres suele verse minada por políticas macroeconómicas y acuerdos comerciales basados en el neoliberalismo que no tienen en cuenta ningún aspecto de la igualdad entre sexos.

2.2 Asimismo, es indudable que la compleja situación internacional no constituye una base propicia para mejorar la situación de las mujeres y que, incluso, existe el riesgo de una constante erosión de los logros de años anteriores.

2.3 Los conflictos actuales están debilitando y agravando cada vez más la situación de las mujeres.

2.4 La violencia doméstica es una lacra que sigue existiendo en todo el mundo y afecta a todas las mujeres independientemente de su edad, clase social o credo religioso.

2.5 Por consiguiente, es importante consolidar la igualdad entre hombres y mujeres y la defensa de los derechos de la mujer como objetivo prioritario y medio para alcanzar un desarrollo equitativo y una mejor redistribución de la riqueza, lograr un crecimiento económico sostenible y reforzar los sistemas de protección de las capas más débiles de la población.

## 3. Papel del Comité Económico y Social Europeo

3.1 Es importante que el Comité Económico y Social Europeo intervenga mediante un documento propio

en la evaluación actual de los progresos que ha realizado la Unión Europea en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres.

3.2 Cabe recordar a este respecto que el Comité siempre ha seguido con enorme atención las actividades destinadas a mejorar las condiciones de la mujer dentro de la sociedad, tanto mediante la publicación de numerosos dictámenes como asumiendo por sí mismo del fomento de diversas iniciativas. En concreto, respecto de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Pekín, 1995) y de su seguimiento (Pekín +5), el Comité ha contribuido con dos dictámenes (EXT/131 y REX/033) en los que se defiende, entre otros aspectos, la importancia de la participación de una delegación del Comité en los trabajos de Naciones Unidas.

3.3 Además, en el marco de la colaboración con las instituciones europeas –sobre todo el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión–, el Comité ha asumido un papel importante de supervisión de la multitud de iniciativas de la Unión Europea destinadas a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, con las que se ha intentado en los últimos años superar los desafíos y los obstáculos determinados en Pekín.

3.4 A este respecto, a partir de un examen de los progresos realizados y los obstáculos hallados desde la Cuarta Conferencia hasta hoy, el Comité podría aportar una contribución significativa para lograr la integración sistemática de las cuestiones vinculadas a las mujeres en un número cada vez mayor de sectores de la política y la sociedad europea.

3.5 Además, habida cuenta de que la Unión Europea debe asumir un papel de liderazgo a escala internacional y de las importantes responsabilidades que ello implica, el Comité aspira con el presente dictamen a esbozar cómo puede contribuir la UE a mejorar las condiciones de vida y la situación de la mujer en el mundo mediante sus políticas comercial, de cooperación y desarrollo.

## 4. La Unión Europea

4.1 En la Unión Europea, el principio de la igualdad entre hombres y mujeres, que ya se mencionaba en el Tratado, quedó codificado por el Tratado de Amsterdam, en el que se adopta un enfoque dual que consiste en, por una parte, la integración del principio de igualdad entre sexos en todas las políticas comunitarias y, por otra parte, la aplicación de medidas específicas en favor de la mujer. No obstante, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres ya se había incluido en la política de cohesión económica y social de la Comunidad y constituyó, a partir de 1994, uno de los principales objetivos de los Fondos Estructurales.

## LEGISLACIÓN

4.2 La UE ha adoptado un enfoque integrado que establece una distinción entre los instrumentos legislativos y financieros y la aplicación del método abierto de coordinación a las políticas sociales. Entre los instrumentos más recientes que ha adoptado la UE para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres figuran la estrategia marco sobre la igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), con los correspondientes programas de trabajo anuales, y los Fondos Estructurales.

4.3 La estrategia marco sobre la igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005) tiene por objeto coordinar las actividades y los programas que antes se desarrollaban de forma sectorial, aplicando la óptica del enfoque dual establecido en Amsterdam, para garantizar una mayor coherencia por medio del establecimiento de indicadores fiables y de un sistema de supervisión, evaluación y difusión de los resultados obtenidos.

4.4 En esencia, la estrategia marco sobre la igualdad entre hombres y mujeres determina cinco ámbitos de intervención u objetivos que están interrelacionados: vida económica (objetivo vinculado a la estrategia en favor del empleo y a los Fondos Estructurales, así como a la integración de la igualdad en todas las políticas que tengan repercusiones en la situación de la mujer en la economía); participación y representación (referido a los procesos decisorios); derechos sociales (relativo a la vida diaria y a las disparidades existentes en los sistemas de protección social); vida civil (objetivo vinculado a los derechos humanos y a las libertades fundamentales que destaca la violencia sexista y la trata de seres humanos con fines de explotación sexual); cambio de los roles y estereotipos (respecto del sistema cultural y los medios de comunicación).

4.5 Las políticas en favor de la igualdad entre hombres y mujeres también se han reforzado mediante los Fondos Estructurales. El Reglamento de los Fondos para el período de 2000 a 2006 se basa en un detenido análisis crítico de las medidas favorables a la igualdad de oportunidades y de sus puntos débiles e incluye el enfoque dual establecido en el Tratado de Amsterdam. Por lo demás, los Fondos Estructurales, y especialmente el Fondo Social Europeo, siempre han sido el instrumento principal de la Estrategia Europea de Empleo; asimismo, en las nuevas Directrices para las políticas de empleo, aprobadas en julio de 2003, se prevé que la igualdad entre hombres y mujeres sea una dimensión horizontal de todos los objetivos y se dedica una directriz específica a la igualdad entre hombres y mujeres.

4.6 Se han realizado avances considerables dentro del Fondo Social Europeo (FSE), vinculado esencialmen-

te a las políticas de empleo y formación. Los esfuerzos en este ámbito se han centrado sobre todo en mejorar el acceso, la participación y la situación de la mujer en el mercado laboral (eje E) y en la posibilidad de conciliar vida profesional y vida familiar, ámbito en el que ya existe un conjunto alentador de ejemplos positivos. A este respecto, el FSE ha asumido como propio el objetivo cuantitativo que adoptó el Consejo Europeo de Lisboa de 2000, a saber, que de aquí a 2010 el porcentaje de mujeres ocupadas debe pasar del 51 % (en 2000) al 60 %; y el que estableció el Consejo Europeo de Barcelona de 2002, por el que deben garantizarse estructuras de acogida preescolar para el 90 % de los niños entre tres años y la edad de la escolarización obligatoria y para al menos el 33 % de los niños menores de tres años.

4.7 No obstante, todavía parecen esporádicas las medidas destinadas a mejorar la calidad del trabajo y las perspectivas de carrera, promover el espíritu emprendedor de la mujer, reducir las diferencias salariales e incrementar su presencia en el sector de las nuevas tecnologías. Respecto de la conciliación entre la vida privada y la vida laboral, se han adoptado muchas medidas sobre las estructuras de acogida de niños, pero muy pocas destinadas de manera explícita a las personas de edad avanzada o a los miembros de la familia dependientes.

4.8 En cambio, la consideración de la igualdad entre hombres y mujeres sigue siendo escasa en los demás Fondos, especialmente en los relativos a la agricultura y la pesca, sectores en los que las mujeres siempre han estado infrarrepresentadas aunque participan activamente en su desarrollo. Por lo tanto, subsisten desigualdades enormes en estos sectores, en los que se subestima la contribución de las mujeres a la comunidad, incluso respecto de una mayor protección del medio ambiente.

4.9 Las políticas comunitarias han sido llevadas a la práctica con distintas iniciativas y programas de financiación específicos, por ejemplo: NOW (sobre empleo) en el mercado laboral, ALTO para reforzar la cooperación en la lucha contra el tráfico de mujeres y niños, DAPHNE con el fin de mejorar la información y la protección de las víctimas de la violencia, así como "Mujeres y ciencia" (dentro del Programa marco de investigación y desarrollo) en el sector de las nuevas tecnologías. Asimismo, la estrategia marco quiere reforzar la integración de la igualdad en distintas iniciativas comunitarias como Equal, Interreg, Urban, Leader y, en el sector cultural, Leonardo, Sócrates, Juventud, Cultura, etc.

4.10 El informe de la Comisión sobre la igualdad entre mujeres y hombres (COM(2004) 115) destaca que la Unión Europea ya dispone de una legislación sobre

## LEGISLACIÓN

el asunto bastante desarrollada<sup>62</sup>, que también está reforzada por una amplia jurisprudencia. Además, se está elaborando un proyecto de directiva sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo y actividad profesional que debería unificar y sistematizar la legislación vigente en este ámbito.

4.11 El Consejo de Ministros de Empleo y Asuntos Sociales celebrado durante la Presidencia neerlandesa también abundó recientemente en este sentido al indicar que una directiva única sobre la igualdad de trato debía referirse sobre todo a ámbitos como la igualdad de remuneración, la igualdad de oportunidades para acceder al empleo, la igualdad de trato respecto de los sistemas de protección social, la formación y las perspectivas de carrera, así como la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

4.12 Por su parte, el CESE<sup>63</sup> [3] (véase el dictamen correspondiente) analizó la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres al acceso a bienes y servicios y su suministro (2003/0265(CNS)) y señaló lagunas importantes que deberán subsanarse en el futuro.

4.13 Además, tras la adopción de la Plataforma de Acción de Pekín y el Consejo Europeo de Lisboa, en los últimos años se ha elaborado un mayor número de estadísticas sobre la igualdad entre las mujeres y los hombres en las que se han establecido nuevos indicadores (por ejemplo, sobre los procesos decisorios, el mercado laboral o la violencia doméstica), con el fin de contar con un análisis real de los problemas y una supervisión del impacto de las políticas y medidas aplicadas. Por lo tanto, se han logrado avances evidentes en el ámbito estadístico, aunque todavía queda mucho por hacer para efectuar una supervisión seria de los distintos sectores. En efecto, la amplitud exacta de los avances conseguidos sólo se conocerá cuando sea posible estudiar y analizar los fenómenos y procesos en curso de manera cuantitativa y cualitativa.

4.14 En cambio, siguen siendo prácticamente desconocidos a nivel europeo y nacional los presupuestos sobre la igualdad entre hombres y mujeres entendi-

dos como la aplicación del principio de integración de la igualdad en los procedimientos presupuestarios. Introducir la perspectiva de la igualdad entre hombres y mujeres en todos los niveles del proceso de elaboración presupuestaria equivale a reconocer que las decisiones de los administradores no son neutras sino que tienen repercusiones diferentes en los hombres y las mujeres. En este sentido, la asignación presupuestaria desde el punto de vista de la igualdad (gender budgeting) también constituye un instrumento de evaluación del impacto de las políticas, la financiación y la carga impositiva en los hombres y las mujeres.

4.15 Por desgracia, aunque se hayan reforzado las políticas comunitarias en favor de la mujer, siguen siendo necesarias medidas positivas y el máximo compromiso posible de los Estados miembros para alcanzar de manera efectiva los objetivos establecidos, dado que son los principales responsables de la aplicación de estas políticas.

4.16 Aunque es cierto que la tasa de desempleo femenino en Europa ha descendido hasta el 55,6 %, el objetivo fijado en el Consejo de Lisboa parece aún lejano en varios Estados miembros. De hecho, las mujeres han engrosado las capas de los trabajadores más débiles, esto es, en condiciones precarias y muchas veces carentes de todo sistema de protección social. Asimismo, en muchos países subsisten o aumentan las discriminaciones salariales entre hombres y mujeres, y la segregación vertical y horizontal de las mujeres sigue siendo una deplorable realidad. Como ya se ha señalado, especialmente respecto de la conciliación de la vida privada y la vida laboral, las medidas parecen concentrarse exclusivamente en la atención de los hijos, mientras que apenas existen medidas sobre los demás familiares dependientes. Además, muy pocos Estados miembros han adoptado medidas para fomentar el permiso parental destinado a los padres que trabajan.

4.17 Las disparidades también siguen siendo importantes en el ámbito de los procesos decisorios: basta señalar que, en la UE, los miembros de la Comisión Europea son veintidós hombres y siete mujeres (sólo un 24 % de los miembros) y que el Parlamento tiene 510 diputados y 222 diputadas (sólo un 30 % de los escaños). A escala nacional, la situación no es

<sup>62</sup> Directivas relativas a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere a la igualdad de retribución (Directiva 75/117/CEE); al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 76/207/CEE); en materia de seguridad social (Directiva 79/7/CEE) y en los regímenes profesionales de seguridad social (Directiva 86/378/CEE); para los trabajadores autónomos (Directiva 86/613/CEE); así como la Directiva relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada (Directiva 92/85/CEE), la Directiva 93/104/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (Directiva 93/104/CE), la Directiva sobre el permiso parental (Directiva 96/34/CE), la Directiva relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (Directiva 97/80/CE) y la Directiva sobre el trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81/CE).

<sup>63</sup> DO C 241 de 28.9.2004.

## LEGISLACIÓN

mucho mejor: la media de presencia femenina en los parlamentos nacionales es inferior al 25 % y apenas supera el 20 % en los gobiernos<sup>64</sup>. Por su parte, las mujeres están infrarrepresentadas en el CESE: de un total de 317 consejeros, sólo 79 son mujeres (únicamente el 25 %).

5. La Unión Europea y los terceros países: cooperación y comercio internacional en favor de las mujeres

5.1 La cuestión de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres ya se ha incorporado con pleno derecho en las políticas de cooperación y desarrollo de la Unión Europea. La Comunicación de la Comisión (COM(95) 423 final de 18 de septiembre de 1995) y la Resolución del Consejo del 20 de diciembre de 1995 sobre la integración de las cuestiones de género en la cooperación para el desarrollo sirvieron de base para la aprobación de un primer Reglamento en 1998 (Reglamento (CE) no 2836/98 del Consejo, de 22 de diciembre de 1998), que se renovó para el período de 2004 a 2006. El nuevo texto (Reglamento CE no 806/2004) refuerza los objetivos existentes –apoyar la integración de la igualdad y adoptar medidas positivas para fomentar la igualdad de oportunidades como contribución esencial a la reducción de la pobreza en el mundo– y da prioridad al control de los recursos y servicios destinados a las mujeres, sobre todo en los ámbitos de la educación, el empleo y la participación en los procesos decisorios. Asimismo, se reitera el apoyo a las actividades públicas y privadas que tienen por objeto promover la igualdad entre hombres y mujeres.

5.2 El Programa de acción para la integración del factor género en la cooperación de la Comunidad al desarrollo (2001-2006)<sup>65</sup> quiere contribuir a reducir la divergencia entre los principios enunciados y la práctica mediante la elaboración de una estrategia concreta y la definición de ámbitos prioritarios: apoyo a las políticas macroeconómicas de reducción de la pobreza y programas de desarrollo social en el ámbito de la salud y la educación; seguridad alimentaria y estrategias de desarrollo rural sostenibles; transporte; fortalecimiento institucional y buena gobernanza; comercio y desarrollo; integración y cooperación regional; consolidación de la integración del factor género en proyectos y programas a nivel regional y nacional; así como facilitar instrumentos y una formación que tenga en cuenta el factor género al personal de la Comisión Europea.

5.3 El documento de programación relativo a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en la política de cooperación para el período de 2005 a

2006 establece como ámbitos prioritarios de intervención el fomento de actitudes positivas en el comportamiento de los adolescentes para combatir la violencia contra las mujeres y las niñas, así como la necesidad de ofrecer formación y apoyo metodológico a los principales agentes interesados de los países socios.

5.4 La Comisión Europea apoya acciones y proyectos destinados a mejorar la igualdad entre hombres y mujeres por medio de la cooperación bilateral y regional con los Balcanes Occidentales, Europa del Este y Asia Central, la cuenca del Mediterráneo, África, Caribe y los países del Pacífico y América Latina. También se conceden otras ayudas financieras con criterios temáticos y no geográficos.

5.5 El Comité considera que mediante el Acuerdo de Cotonú, firmado el 23 de junio de 2000 con los países de África, Caribe y Pacífico (ACP), se franqueó una etapa importante en la evolución de las relaciones de la UE con los terceros países. Este acuerdo, que hace hincapié en el vínculo existente entre política, comercio y desarrollo, introduce una dimensión social al promover la plena participación de los agentes no estatales, incluida la sociedad civil, en las estrategias de desarrollo; también establece que la igualdad entre hombres y mujeres constituye uno de los asuntos de carácter transversal del Acuerdo y, por lo tanto, debe tenerse en cuenta de manera sistemática (artículos 8 y 31). Es sumamente alentador que el acuerdo instaure la participación de los agentes no estatales en las distintas fases de la programación de los documentos estratégicos nacionales y cabe esperar que se dedique especial atención a la inclusión de las asociaciones de mujeres.

Además, el Acuerdo confiere una mandato explícito al Comité para consultar a los medios económicos y sociales, institucionalizando su papel de interlocutor privilegiado.

5.6 No cabe duda de que la incorporación plena y la participación activa de la mujer en las políticas de desarrollo es un proceso difícil y a largo plazo, pero el Comité considera importante que todas las instituciones europeas sigan ejerciendo la máxima vigilancia para que los principios enunciados sobre el papel se conviertan en medidas concretas.

5.7 De acuerdo con ello, resulta esencial que las políticas comunitarias de cohesión económica y social constituyan un modelo exportable al resto del mundo y que la UE se comprometa a fomentar y aplicar sus principios a nivel internacional en el marco de las relaciones con los terceros países.

<sup>64</sup> Datos de la DG Empleo y Asuntos Sociales de la Comisión Europea actualizados el 29 de septiembre de 2004. Datos de la DG Empleo y Asuntos Sociales de la Comisión Europea actualizados el 29 de septiembre de 2004.

<sup>65</sup> COM(2001) 295 final.

## LEGISLACIÓN

5.8 La inclusión de cláusulas específicas en los acuerdos comerciales y de cooperación puede ser un instrumento útil, así como la adopción de medidas positivas respecto de los países que respetan los derechos de la mujer.

5.9 Aunque es cierto que la liberalización del comercio favoreció el empleo femenino dentro de los países en desarrollo, también es verdad que a menudo se han visto relegadas al grupo de trabajadores en situación precaria, menos cualificados, peor pagados y sin ningún sistema de protección social. Además, la liberalización del comercio suele ir acompañada de políticas de ajuste estructural, recomendadas o impuestas por los organismos internacionales, que ante la falta de mecanismos de protección social adecuados son difícilmente soportables por las capas sociales más desfavorecidas, en las que las mujeres son con frecuencia mayoritarias.

5.10 A pesar de lo anterior, parece que estas políticas, especialmente la comercial, todavía no prestan suficiente atención a las cuestiones de la igualdad entre hombres y mujeres. Dado que no son nada neutras, sino que suelen tener repercusiones negativas en la situación de la mujer, y que el desarrollo económico de un país no puede ir en detrimento de la justicia social, sería útil que estas políticas se negociaran teniendo en cuenta la integración de la igualdad y que se establecieran sistemas de supervisión de los resultados a nivel macro y microeconómico.

#### 6. Conclusiones y propuestas de trabajo

La buena colaboración que han mantenido hasta ahora las instituciones europeas ha dado importantes resultados mediante la determinación de políticas activas en favor de la mujer y programas y proyectos específicos que han contribuido a su incorporación al mercado laboral, la defensa de sus derechos y la mejora de sus condiciones de vida. No obstante, el CESE considera que sigue habiendo muchos ámbitos en los que se debe actuar, entre otros:

- la participación de las mujeres en los procesos decisorios y su representación son aún escasas tanto en las instituciones europeas como en la mayoría de los Estados miembros –a escala nacional, regional y local–, por lo que se debería incentivar en todos los niveles y realizar una reflexión sobre el sistema de cuotas;
- deberían realizarse acciones de formación para difundir la integración de la igualdad en las instituciones y los Estados miembros, desde los centros de decisión hasta los lugares en los que se aplican las políticas y estrategias;

- es indispensable efectuar estudios y análisis sobre la igualdad entre sexos, así como estadísticas e indicadores específicos, para determinar los temas y mejorar las políticas y las estrategias de intervención, así como para evaluar realmente su impacto; es necesario continuar elaborando estadísticas desglosadas y establecer nuevos indicadores;

- convendría cuantificar los recursos destinados a las medidas positivas en favor de las mujeres en todos los fondos e instrumentos de financiación de la UE, así como en los Estados miembros, sobre todo mediante el fomento y la difusión de la asignación presupuestaria desde el punto de vista de la igualdad (gender budgeting);

- la condición esencial es la defensa de la igualdad de oportunidades de las mujeres respecto del derecho de acceso a la educación y a la formación, como se prevé en el tercer punto de los Objetivos de desarrollo para el milenio;

- respecto de los Fondos Estructurales, se deberían reforzar las acciones destinadas a la mujer en los sectores agrarios (FEOGA) y pesquero (IFOP), estableciendo una relación con la protección del medio ambiente, otro ámbito en el que las políticas comunitarias vinculadas a la igualdad son bastante débiles;

- debería darse un nuevo impulso a las políticas para impulsar el espíritu emprendedor de la mujer e incrementar su presencia en el sector de las nuevas tecnologías;

- deben intensificarse las acciones de formación en el sector de la sociedad de la información para que no se convierta en un motivo adicional de discriminación y exclusión de las mujeres que, por lo demás, pueden contribuir en gran medida a la realización de los objetivos fijados por la estrategia de Lisboa;

- de manera más general y respecto del mercado laboral, es necesario seguir adoptando medidas para luchar contra la segregación de tipo vertical y horizontal y eliminar todos los obstáculos que impiden conseguir realmente la igualdad de oportunidades. Con tal fin, los Estados miembros, de acuerdo con los interlocutores sociales, deberían fijar objetivos y destinatarios específicos y cuantificables. En concreto y respecto de la discriminación salarial, los Estados miembros deberían comenzar a aplicar el planteamiento pluridimensional establecido en las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros<sup>66</sup>, que engloba la formación y la educación, la clasificación de los tipos de empleo, los sistemas de remuneración y los estereotipos culturales como componentes fundamentales del problema;

<sup>66</sup> Decisión del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (DO L 197/13 de 5.8.2003).

## LEGISLACIÓN

- entre las medidas destinadas a conciliar la vida laboral y familiar, debe prestarse mayor atención a la atención de los familiares de edad avanzada, habida cuenta del envejecimiento de la población, pero sin que ello suponga ningún menoscabo para el sector de la infancia;

- para favorecer la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, hay que fomentar y mejorar las inversiones en los servicios públicos, especialmente en los sectores de la enseñanza escolar y universitaria, la sanidad y la asistencia;

- también hay que reforzar dentro de los Estados miembros las políticas de inmigración y de integración de las mujeres inmigrantes, las políticas de asilo y las medidas destinadas a las mujeres que son víctimas de la guerra, la discriminación y la violencia en los países de origen;

- debe lucharse contra la trata de mujeres y niños;

- en cuanto a las políticas comercial y de desarrollo, es necesario seguir reforzando el enfoque participativo de la sociedad en general y del papel de la mujer en particular mediante la plena participación de las asociaciones que las representan en la elaboración de las políticas de desarrollo y los documentos de estrategia nacional de los distintos países así como, sobre todo, el incremento de las ayudas específicas para las mujeres con el fin de consolidar su posición a nivel económico y social;

- supervisar las repercusiones de acuerdos comerciales y políticas de desarrollo, también a nivel microeconómico, estableciendo la realización de análisis específicos de su impacto en las condiciones de vida de las capas sociales más desfavorecidas y teniendo en cuenta las diferencias entre los sexos;

- valorizar el papel de la Comisión y las delegaciones con el fin de que puedan ejercer una influencia concreta para defender el respeto de los derechos humanos y, por lo tanto, los de las mujeres donde se infrinjan;

- debería conferirse a las delegaciones una responsabilidad específica para fomentar la integración de la igualdad;

- la Unión Europea debería ejercer toda su influencia para que el mayor número posible de Estados ratifique y aplique todos los Tratados internacionales que repercuten de forma positiva en la condición de la mujer, en especial la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y su Protocolo adicional, y para que los Estados signatarios retiren las reservas emitidas.

El Comité se compromete a profundizar en el asunto de la situación de las mujeres en los nuevos Estados miembros de la Unión Europea.

Por último, habida cuenta del cometido del Comité,

de sus funciones respecto de la sociedad civil, de sus objetivos y de la experiencia adquirida merced al seguimiento constante de los temas relativos a la igualdad entre hombres y mujeres, sería útil que una representación suya formara parte de la delegación de la Comisión Europea en la 49a sesión de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de Naciones Unidas.

*Bruselas, 9 de febrero de 2005.*

*La Presidenta del Comité Económico y Social Europeo*

*Anne-Marie Sigmund*

**COMENTARIO AL DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO SOBRE EL TEMA DE PEKÍN+10. EVALUACIÓN DE LOS PROGRESOS LOGRADOS EN EL CAMPO DE LA IGUALDAD ENTRE GÉNEROS EN EUROPA Y EN LOS PAÍSES EN DESARROLLO.**

La cumbre de Pekín celebrada en 1995, generó importantes resoluciones respecto de la igualdad de géneros en el mundo. Fundamentalmente dos: la que hace referencia a la necesidad de que las mujeres incrementen su poder en la sociedad y en la política, y el llamado "mainstreaming" o transversalidad de las políticas de igualdad. Con la primera afirmación, se pretendió que las mujeres pudieran estar en los centros de decisión política. Para ello, era necesario que se adoptaran medidas de desigualdad compensatoria en diferentes terrenos, destacadamente en materia de legislación electoral. De ahí los diferentes intentos por parte de algunos Estados europeos en relación con los cambios legislativos en materia electoral, tendentes a incrementar la representación de las mujeres en la política. Procesos han sido interrumpidos, bien por la presentación de recursos de inconstitucionalidad ante la justicia constitucional, (caso de España), bien mediante la votación en contra de proyectos de ley de cuotas, (caso de Italia).

Este Dictamen pretende establecer criterios de evaluación de las políticas de género. Para ello parte del análisis de la situación desde Pekín hasta la actualidad, y establece una prospectiva respecto de por donde deben de ir las políticas de género en Europa.

Lo primero a destacar es el papel liderazgo que Europa debe tener a la hora de marcar las políticas de igualdad. No solo por el componente neoliberal de EE.UU., que difícilmente es capaz de integrar una visión de solidaridad de género que se traduzca en medidas concretas de desigualdad compensatoria, sino

## LEGISLACIÓN

por la propia elaboración teórica y jurisprudencial con la que se cuenta en ese contexto, (Tratado de la Unión, Tratado de Niza, jurisprudencia del TEDH y del TJCE). Esa posición europea se debe proyectar sobre los Estados miembros de la Unión, que han de asumir las decisiones de la Comunidad como un estándar mínimo sobre el que siempre podrán incrementar las políticas de igualdad, pero en ningún caso disminuirlas.

En este sentido, el enfoque dual en el que se basa la Unión Europea, las medidas específicas a favor de la mujer y el *mainstreaming*, permite, a juicio del Comité Económico y Social, una acción integrada, que se puede estudiar en cinco aspectos concretos, que señala el Dictamen:

1. la vida económica.
2. la participación y la representación.
3. los derechos sociales.
4. la vida civil.
5. la representación de roles y estereotipos.

Esta división de los diferentes aspectos de la mujer en cinco pautas comprensivas de diferentes aspectos de la vida, es tan arbitraria e incompleta como podría ser cualquiera otra. Algunos de los aspectos de la vida económica tienen mucho que ver con los derechos sociales, y por otra parte no puede considerarse la vida civil sin hacer referencia a los estereotipos, pero en cualquier caso, esta división, en la medida en que lo que pretende es un estudio de la realidad seccionada para facilitar la comprensión, es tan válida como cualquiera otra. Lo importante a estos efectos, es el tratamiento que el Dictamen da al problema, y en este sentido el diagnóstico que establece es significativo de cual es la realidad de los problemas de género.

Por lo que se refiere al aspecto económico, las políticas de igualdad de género se han visto favorecidas por los fondos estructurales de la Comunidad, especialmente del Fondo Social Europeo. A ello ha contribuido la horizontabilidad pretendida de las medidas.

El sentido de los Fondos era el de mejorar las condiciones de trabajo de las mujeres, no sólo mediante la incorporación al mercado de trabajo, sino también con medidas que faciliten su permanencia en él. El

objetivo de la Unión era que para el año 2010 el porcentaje de mujeres laboralmente activas se incrementara en 9 puntos, lo que exigía una absorción por parte del Estado de las tareas de cuidado que las mujeres ejercen en detrimento de su desarrollo profesional. En tal sentido, destaca el informe, que si bien en materia de escolarización y de guarderías se ha incrementado la capacidad de plazas, no ha ocurrido igual en tercera edad y personas dependientes.

Todavía dentro del campo laboral, se considera necesario que la Unión legisle acerca de las condiciones de igualdad de las mujeres en materia laboral. Así, es importante la creación de una Directiva que unifique todas las disposiciones sobre igualdad de oportunidades e igualdad de trato.<sup>67</sup>

El Comité considera imprescindible el desarrollo de determinadas disciplinas aplicadas al género, y destaca la necesidad de aplicar la estadística a todo este proceso a fin de garantizar que las medidas que se adopten, produzcan cambios significativos. La estadística se muestra pues fundamental para algunos de los procesos de avance de la igualdad. Así, en relación con el incremento de la población activa de la mujer, o de la disminución de la violencia de género, la estadística da cuenta de si realmente las medidas con las que se intenta atajar estos problemas, son o no las más correctas. En este sentido, ya se está aplicando esta estadística en algunos sectores, pero es importante el olvido de otras medidas de impacto de género que podrían contribuir muy favorablemente en este proceso. Y aquí se detalla la necesidad de introducir la perspectiva de género en la elaboración de los presupuestos, como una correcta técnica de *mainstreaming*.

El desarrollo de la estadística en este proceso ha permitido poner de manifiesto algunas insuficiencias importantes:

En lo que se refiere a la conciliación de la vida familiar y laboral, es patente la escasez de medidas para fomentar el permiso parental de los padres trabajadores.

En lo que se refiere a la presencia de las mujeres en los Parlamentos, Gobiernos y demás instituciones públicas, los porcentajes no suben nunca del 30 por ciento, siendo por lo general de un 20 a un 25 por ciento.

<sup>67</sup> Hasta ahora, las Directivas acerca de la igualdad son: Directiva 75/117/CEE, acerca de la igualdad de retribución. Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 76/207/CEE, sobre acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. Directivas 79/7/CEE y 86/613/CEE, en materia de Seguridad Social y diferentes regímenes. Directiva 86/613/CEE para los trabajadores autónomos. Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada. Directiva 93/104/CE relativa a la ordenación de los tiempos de trabajo. Directiva 96/34/CE sobre el permiso parental. Directiva 97/80/CE relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, y la Directiva 97/81/CE sobre el trabajo a tiempo parcial.

## LEGISLACIÓN

El Dictamen finaliza con un catálogo de medidas muy amplio, que da cuenta del retraso que todavía soporta la igualdad de género en la construcción de la unidad de Europa.

Participación política de las mujeres y reflexión sobre el sistema de cuotas.

Acciones de formación para las mujeres.

Sistemas de evaluación de impacto.

Asignaciones de recursos.

Igualdad de oportunidades de acceso a la educación.

Asignación de fondos estructurales a sectores subrepresentados, como el agrario y el pesquero.

Acceso de la mujer a las nuevas tecnologías.

Acceso a la sociedad de la información.

Medidas de transversalidad en el mercado laboral.

Desarrollo de medidas de atención a personas dependientes.

Mejora de los servicios públicos.

Atención a la inmigración.

Lucha contra la trata de mujeres y niños.

Desarrollo del asociacionismo.

Integrar en los acuerdos comerciales y de desarrollo las políticas de género.

Intentar que la influencia de Europa sea significativa en el mundo en las cuestiones de género. (MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN. Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

**DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO SOBRE LA «PROPUESTA DE DECISIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO POR LA QUE SE ESTABLECE UN PROGRAMA COMUNITARIO DE FOMENTO DEL EMPLEO Y LA SOLIDARIDAD SOCIAL — PROGRESS» (COM(2004) 488 FINAL — 2004/0158 (COD))(2005/C 255/13)<sup>68</sup>**

El 19 de septiembre de 2004, de conformidad con el artículo 262 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el Consejo decidió consultar al Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta mencionada.

La Sección Especializada de Empleo, Asuntos Sociales y Ciudadanía, encargada de preparar los trabajos en este asunto, aprobó su Dictamen el 15 de marzo de 2005 (ponente: Sr. GREIF).

En su 41600 Pleno de los días 6 y 7 de abril de 2005 (sesión del 6 de abril de 2005), el Comité Económico y Social Europeo ha aprobado por 127 votos a favor, 2 en contra y 17 abstenciones el presente Dictamen.

### 1. Contexto y líneas generales del programa comunitario PROGRESS

1.1 En su Comunicación (1)<sup>69</sup> sobre las perspectivas financieras 2007-2013, la Comisión subraya la importancia fundamental de la Agenda de política social para la realización de la Estrategia de Lisboa. En este contexto, la Comisión aprobó en julio de 2004 un conjunto de propuestas destinadas a simplificar y racionalizar los gastos en materia de política de empleo y

asuntos sociales de la UE, especialmente en lo relativo a las disposiciones financieras.

1.2 La racionalización propuesta mejorará —a juicio de la Comisión— la visibilidad, claridad y coherencia de los instrumentos y, por tanto, beneficiará sobre todo al usuario final. A tal fin propone simplificar los instrumentos desde el punto de vista jurídico y de gestión y racionalizar la estructura presupuestaria, así como evitar duplicaciones entre los instrumentos.

— Así, por ejemplo, el Fondo Social Europeo (FSE) (2007-2013) se gestionará más fácilmente y se mejorará su dotación gracias a la reducción de los costes burocráticos, reglamentaciones más ágiles y una mayor descentralización, con el fin de combinar las ayudas financieras con estrategias de fomento del empleo y consolidación de la cohesión económica y social en el marco de la Estrategia Europea de Empleo (2)<sup>70</sup>.

— Por otra parte, con vistas a una mejor distribución de los recursos, la Comisión pretende reagrupar los programas actuales en programas coherentes con normas de aplicación armonizadas. Esto se conseguirá, por ejemplo, reduciendo de 28 a 2 el número de partidas presupuestarias gestionadas directamente

<sup>68</sup> Publicado en el DOCE C 255, de 14.9.2005.

<sup>69</sup> (1) «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo- Construir nuestro futuro común — Retos políticos y medios presupuestarios de la Unión ampliada (2007-2013)» (COM(2004)101 final).

<sup>70</sup> (2) Véase a este respecto el Dictamen del CESE aprobado en el Pleno del 9 de marzo de 2005 sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Fondo Social Europeo»— Ponente: Sra. ENGELN-KEFER).

## LEGISLACIÓN

por la Comisión en el ámbito del empleo y la protección social.

1.3 Uno de estos nuevos instrumentos es el programa comunitario PROGRESS (3)<sup>71</sup>, «programa de fomento del empleo y la solidaridad social» propuesto por la Comisión en su documento COM(2004) 488 final, en el cual se reunirán las ayudas financieras destinadas a apoyar numerosas acciones previstas por la Comisión en materia de política social y empleo. Quedan excluidos de PROGRESS la financiación de los ámbitos de «Diálogo social» y «Libre circulación de los trabajadores» (4)<sup>72</sup>, e igualmente organismos comunitarios encargados de las condiciones laborales (5)<sup>73</sup> y el Instituto Europeo de Género de nueva creación (6)<sup>74</sup>. PROGRESS, por tanto, reagrupa los siguientes programas específicos de acción de la Comunidad: «Luchar contra la discriminación», «Igualdad entre mujeres y hombres», «Cooperación para luchar contra la exclusión social» y «Medidas comunitarias de estímulo del empleo», e igualmente una serie de líneas presupuestarias para actividades en materia de condiciones de trabajo.

1.4 En el marco del programa –que abarcará el período 2007-2013, tendrá una dotación financiera ligeramente inferior a los 629 millones de euros y completará las acciones que se realizan en el marco del FSE– se financiarán en lo esencial, con distintas prioridades dentro de cada una de las secciones, tres tipos de acciones:

- actividades de análisis como, por ejemplo, recogida y difusión de datos, estudios, análisis, evaluaciones de impacto, y también desarrollo de métodos y evaluaciones estadísticas que mejoren la comprensión de la situación y la eficacia de la aplicación en los diferentes ámbitos de ayuda, así como su conexión con otras políticas y estrategias;
- actividades de aprendizaje mutuo, intercambio de información, sensibilización, identificación y difusión de las mejores prácticas, e igualmente acciones en materia de seguimiento y evaluación como, por ejemplo, evaluación por expertos independientes (revisiones paritarias), las cuales –entre otras cosas– ayudarán a comprender la situación del momento en los distintos Estados miembros y también, por tanto, tendrán por finalidad mejorar la aplicación de la legislación comunitaria;

— apoyo a los principales agentes con vistas a promover el intercambio en materia de mejores prácticas, difusión de la información y acciones preventivas y de sensibilización, e igualmente procedimientos de debate, mediante –por ejemplo– la organización de grupos de trabajo de funcionarios nacionales, el perfeccionamiento del trabajo en red al nivel de la UE o la financiación de redes de expertos en los distintos ámbitos de acción.

1.5 El programa se dividirá en cinco secciones:

— **Empleo:** apoyo a la aplicación de la Estrategia Europea de Empleo, principalmente mediante la evaluación y el control de la aplicación de las directrices y recomendaciones, análisis de la interacción entre la Estrategia Europea de Empleo y otros ámbitos políticos, sensibilización de los agentes regionales y locales sobre los desafíos.

— **Protección e integración social:** apoyo a la aplicación del método abierto de coordinación en este ámbito, mejora de la comprensión de todas las cuestiones relativas a la pobreza y análisis de la interacción entre este objetivo y otros ámbitos políticos.

— **Condiciones de trabajo:** apoyo a actividades para la mejora del entorno y las condiciones de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo.

— **Antidiscriminación y diversidad:** apoyo a la aplicación efectiva y transposición eficaz del principio de no discriminación consagrado en el artículo 13 del Tratado CE, así como fomento de su integración en todas las políticas de la UE.

— **Igualdad entre hombres y mujeres:** aplicación efectiva del principio de igualdad entre hombres y mujeres, y fomento de la integración de la perspectiva de género en las políticas de la UE.

1.6 El programa estará abierto a todos los organismos públicos o privados, agentes e instituciones. Se dirige en particular a Estados miembros, autoridades locales y regionales, servicios públicos de empleo e institutos nacionales de estadística. Además, podrán acceder a él también organismos especializados previstos en la legislación de la UE, universidades e institutos de investigación, interlocutores sociales y organizaciones no gubernamentales. La financiación de la UE intervendrá en forma de contratos de servicios sacados a concurso o subvenciones parciales (que no po-

<sup>71</sup> (3) PROGRESS = Programa comunitario de fomento del empleo y la solidaridad social.

<sup>72</sup> (4) En Comunicación separada se presentarán ulteriormente propuestas para apoyar financieramente –por un importe de 480 millones de euros– el diálogo social, la libre circulación de los trabajadores (en particular, la red EURES) y estudios e informes especiales en el ámbito social.

<sup>73</sup> (5) La Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (Dublín) y la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (Bilbao).

<sup>74</sup> (6) El nuevo Instituto Europeo de Género tendrá por objetivo facilitar a la Comunidad y a los Estados miembros información y datos comparables en materia de igualdad entre hombres y mujeres y servirá de catalizador para elaborar, analizar y difundir información que permita mejorar la igualdad entre hombres y mujeres. La Comisión se proponía presentar una propuesta específica para principios de 2005.

## LEGISLACIÓN

drán superar el 80 %) tras una convocatoria de propuestas. PROGRESS estará asistido por un único Comité de programa, en lugar de cuatro comités como hasta ahora (correspondientes a cada uno de los programas de acción específicos).

1.7 Para el período de siete años del programa, la dotación financiera prevista es de 628,8 millones de euros. El desglose financiero entre las diferentes secciones deberá respetar los siguientes límites mínimos:

- Empleo: 21 %
- Protección e integración social: 28 %
- Condiciones de trabajo: 8 % (7)<sup>75</sup>
- Antidiscriminación y diversidad: 23 %
- Igualdad entre hombres y mujeres: 8 % (8)<sup>76</sup>

Para cubrir gastos de funcionamiento y, en particular, los del Comité previsto para PROGRESS, se ha fijado un máximo del 2 % de la dotación financiera. No se asignará a las distintas secciones un diez por ciento de la dotación global (62,9 millones de euros, aproximadamente 9,2 millones de euros anuales). El Comité del programa lo imputará cada año en concepto de «margen variable de ajuste» entre las diferentes secciones del programa en función de los cambios que se produzcan durante el período de programación.

#### Síntesis de los principales objetivos de PROGRESS

- mejorar el conocimiento y la comprensión de la situación imperante en los Estados miembros mediante análisis, evaluaciones y un control de las políticas
- apoyar el desarrollo de métodos e instrumentos estadísticos e indicadores
- apoyar y controlar la aplicación de la legislación y los objetivos políticos comunitarios en los Estados miembros y evaluar su incidencia
- fomentar la creación de redes, el aprendizaje mutuo y la identificación y difusión de buenas prácticas a escala de la UE
- sensibilizar a las partes interesadas y al público en general sobre las políticas perseguidas en el marco de PROGRESS
- mejorar la capacidad de las principales redes de la UE para fomentar y apoyar las políticas comunitarias

#### 2. Observaciones generales y particulares sobre la propuesta objeto de examen

2.1 Si en la UE –tal como se prevé en la Estrategia de Lisboa– el incremento de la competitividad de una economía basada en el conocimiento debe ir realmente acompañado de un crecimiento económico sostenible creador de empleo y ello ha de conducir a la mejora de la calidad del trabajo y al refuerzo de la cohesión social, garantizar los recursos e instrumentos financieros en todos los ámbitos políticos relevantes de PROGRESS reviste importancia fundamental. En este sentido, el CESE acoge con particular satisfacción la propuesta de la Comisión objeto de examen sobre PROGRESS 2007-2013 y, precisamente en el contexto de las actuales aportaciones a la evaluación intermedia de la Estrategia de Lisboa, presta también suma atención a dicha iniciativa. En efecto, este programa marco es, junto con el FSE, uno de los principales instrumentos de ayuda en apoyo de la Agenda de política social 2006-2010, actualmente también en fase de aprobación. Pese a esta evaluación general positiva de PROGRESS, el Comité desearía expresar igualmente en algunos puntos concretos, además de algunas observaciones de carácter general sobre este nuevo instrumento financiero de la Comunidad, determinadas objeciones sobre la propuesta de la Comisión, que –a su juicio– requiere aún clarificaciones, y también precisiones.

#### 2.2 Objetivos generales del programa

2.2.1 El Comité estima positivamente, en el contexto de la Estrategia de Lisboa, que la propuesta (sin perjuicio de los actuales debates en torno a las ponderaciones y estructura de las perspectivas financieras 2007-2013) subraye con toda nitidez la necesidad de mantener los actuales recursos comunitarios en el ámbito del empleo y política social.

2.2.2 No cabe duda de que la fusión en un único programa marco de todos los instrumentos financieros de la Comunidad gestionados directamente por la Comisión en materia de política social y empleo puede entenderse como un modo de garantizar los correspondientes recursos financieros destinados a reforzar la dimensión social de la Estrategia de Lisboa, y también en especial como contribución a la coordinación de las políticas sociales en el marco de la Agenda de política social.

<sup>75</sup> (7) Además, en el ámbito «Condiciones de trabajo» se ha previsto para 2007-2013 una dotación de 266,4 millones de euros destinados a financiar la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (Dublín) y la Agencia Europea para la Seguridad y a Salud en el Trabajo (Bilbao).

<sup>76</sup> (8) Además, en la exposición de motivos de la propuesta de Decisión sobre PROGRESS ha anunciado la Comisión que en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres presentaría próximamente una propuesta para la creación de un Instituto Europeo de Género, para el que prevé una dotación presupuestaria de 52,7 millones de euros en el período 2007-2013. La creación del Instituto no tendrá incidencia presupuestaria, en la medida en que este importe se ha deducido ya de la dotación del programa PROGRESS.

## LEGISLACIÓN

2.2.3 El CESE está de acuerdo en lo esencial con los objetivos generales enunciados en el artículo 2 de la propuesta. No obstante, convendría incluir también explícitamente como objetivo la promoción del intercambio transnacional de agentes relevantes con capacidad de aplicación en el ámbito de la política social, porque para muchos de los que pueden tener potencialmente acceso al programa se trata de un requisito esencial para su participación en proyectos de la UE.

2.2.4 El CESE, en este contexto, no entiende del todo porqué en el artículo 2 (4) de la propuesta de Decisión objeto de examen se habla únicamente de «fomentar la creación de redes a escala de la UE». El Comité estima que la lista de los objetivos generales de PROGRESS debería completarse para garantizar que el aprendizaje mutuo que debe fomentar PROGRESS no quedará circunscrito a agentes al nivel de la UE, sino que también incluirá la promoción del intercambio transnacional de agentes relevantes al nivel bilateral y multilateral entre distintos Estados miembros. Además, el CESE considera necesario incluir explícitamente como objetivo en el artículo 8 «un mejor conocimiento de todas las clases de discriminación».

### 2.3 Coherencia y complementariedad con otras políticas

2.3.1 El nuevo programa debe considerarse en conexión con el planteamiento de «racionalización» perseguido por la Comisión desde 2003 en política económica y social, y, en el presente caso, especialmente en política de empleo. En tal contexto, el artículo 15 de la propuesta –en el que se hace referencia a los correspondientes mecanismos y actividades de la Comisión y los Estados miembros para coordinar las actividades de PROGRESS con otras estrategias, instrumentos y acciones de la Unión y de la Comunidad– parece insuficiente en la medida en que sólo se aborda una estrecha perspectiva política. Es cierto que con actividades en materia de investigación, justicia y asuntos de interior, cultura, educación, formación y política de juventud se mencionan importantes políticas que indudablemente requieren una coordinación con la política de empleo, formación profesional y permanente y seguridad social, pero quedan completamente fuera otros ámbitos como, por ejemplo, la política regional y de cohesión.

2.3.2 El Comité, por el contrario, considera que PROGRESS debe coordinarse también con otras políticas que influyen al menos en igual medida en la situación del empleo y en el cuadro de conjunto de inclusión

social, igualdad de oportunidades, etc. En este contexto, convendría también establecer especialmente, además de las prioridades de la formación profesional y permanente y del aprendizaje a lo largo de toda la vida, una coordinación con estrategias y actividades en materia de política económica, financiera y de competitividad, con el fin de garantizar que tales políticas no entrarán en conflicto a nivel europeo y nacional con los objetivos generales del programa. Por ello, el CESE recomienda completar en tal sentido los apartados 1 y 2 del artículo 15 de la propuesta de Decisión.

### 2.4 Marco financiero

2.4.1 Además de la dotación financiera global de 628,8 millones de euros para la ejecución de las actividades comunitarias previstas para el período de siete años del programa, la Comisión prevé también en el artículo 17 de la propuesta de Decisión los límites mínimos para cada una de las secciones del programa. A juicio del CESE, la Comisión omite explicar con claridad la relación que guardan las magnitudes presupuestadas para la dotación global con la actual situación de las ayudas en los programas de acción actualmente vigentes. Serían particularmente interesantes en este contexto datos comparativos con los programas de acción en curso, para en particular procede a evaluar hasta qué punto se tiene adecuadamente en cuenta la evolución de la inflación y de qué modo y en qué proporción se tuvo pertinentemente en consideración en la dotación presupuestada la ampliación ya realizada y la prevista (UE-25 más Bulgaria y Rumanía). Sobre este asunto sólo ha habido hasta ahora información oficiosa por parte de la Comisión.

2.4.2 En el marco de la actual evaluación intermedia de la Estrategia de Lisboa y ante los amplios límites del programa, el CESE cuestiona seriamente la intención de la Comisión de atenerse estrictamente al statu quo presupuestario en los ámbitos de acción de PROGRESS. En el tercer párrafo del capítulo 2 de la exposición de motivos, la Comisión se refiere a los «modestos recursos financieros» con que ha de contarse para apoyar la Agenda de política social. El Comité no puede en modo alguno suscribir tal razonamiento, ya que en repetidas ocasiones ha hecho constar la necesidad de prestar atención en el marco de las perspectivas financieras a una «lisbonización del presupuesto de las Comunidades Europeas», en la medida en que se debe aclarar que se garantizará la correspondiente base financiera para alcanzar los objetivos de la Estrategia Europea de Empleo y de la

## LEGISLACIÓN

Agenda de política social (9)<sup>77</sup>. En este sentido, el CESE aboga resueltamente en favor de la consignación de recursos presupuestarios suficientes en las estimaciones de PROGRESS.

2.4.3 Por otra parte, en el artículo 17 se prevé un máximo del 2 % de la dotación global de PROGRESS para gastos administrativos (12,6 millones de euros) y 10 % (62,9 millones de euros, o bien 9,2 millones de euros anuales) en concepto de «margen variable de ajuste» anual redistribuible por el Comité del programa dentro de las secciones. El CESE es consciente en este contexto de que una programación de siete años necesita cierta flexibilidad en atención a futuros cambios, pero en esa misma medida considera también importante insistir en que, con unos recursos financieros variables y una gestión tan ampliamente «autónoma» por parte de la Comisión y los Estados miembros, se impone en cualquier caso la necesidad de seguir garantizando plenamente la transparencia y la cooperación del Parlamento Europeo.

2.4.4 El Comité, por otra parte, considera que el desglose financiero propuesto para decisión entre las distintas secciones de PROGRESS requiere mayor precisión. Así, por ejemplo, en el artículo 8 se establece el objetivo «igualdad entre hombres mujeres» como una de las piedras angulares de PROGRESS. Sin embargo, la dotación financiera (artículo 17) que se asigna a esta parte del programa es claramente inferior a la de otros objetivos. ¿En qué se fundamenta tal elección? La explicación de que el importe presupuestado en PROGRESS para la creación de un Instituto Europeo de Género (52,7 millones de euros) se ha deducido del programa no parece imponerse como algo obligatorio, especialmente en la medida en que por el momento se carece por completo de mandato, estructura y metodología para tal instituto. Acometer tal recorte presupuestario en el ámbito de la igualdad de sexos y de oportunidades no parece tener, a juicio del Comité, justificación objetiva alguna, sobre todo si también se tienen en cuenta los objetivos de Lisboa en materia de tasa de ocupación femenina, discriminación de las mujeres en el lugar de trabajo, discriminación en materia de ingresos e integración de la perspectiva de género. El CESE propone en este contexto que los recursos previstos para el Instituto Europeo de Género no se imputen con carácter negativo –como todo hace suponer en la propuesta actual– en la elaboración del marco financiero global de PROGRESS, sino que se prevea una financiación independiente.

## 2.5 Racionalización a nivel de la Comisión

2.5.1 En lo que se refiere a los objetivos de simplificación y racionalización, cabe observar que la Comisión sigue también ahora en el ámbito de la política de ayudas el planteamiento de racionalización que ya persigue desde 2003 en materia de política social y de empleo. El Comité estima que tal simplificación y racionalización es básicamente positiva si lleva auténticamente a ahorrar costes, evitar duplicaciones y aumentar técnicamente la claridad y transparencia de la administración.

2.5.2 El Comité, no obstante, desearía señalar en este contexto algunas dificultades que surgen en el paso de programas específicos claramente definidos a un único programa, mucho mayor y, potencialmente, menos fácilmente gestionable. ¿Es realmente posible y oportuno, desde el punto de vista de la gama de contenidos mucho más amplia que brinda este nuevo programa, fijar objetivos operacionales similares en cada sección del programa? ¿Son suficientes a tal efecto los recursos financieros estimados? En cualquier caso, conviene adoptar medidas para que, a la vista del abanico de acciones, la simplificación administrativa no vaya acompañada de una pérdida de los necesarios enfoques específicos en los diversos sectores del programa. Es necesario garantizar que la simplificación administrativa proclamada no sólo produce una mejor gestión técnica del programa, sino también una adecuada estructuración de los contenidos que no se opone a los objetivos de cada sección.

## 2.6 Comité del programa y papel de los Estados miembros

2.6.1 En el artículo 13 de la propuesta se prevé que en la ejecución del programa la Comisión estará asistida por un único comité, en lugar de cuatro comités (uno por cada programa de acción), como es actualmente el caso. Dicho Comité tendrá una composición variable de representantes nacionales en función de las materias para cuyo examen se reúna.

2.6.2 Cabe preguntarse por el funcionamiento y composición de un comité de tal naturaleza, el cual al mismo tiempo debe seguir garantizando que los objetivos generales y específicos de cada una de las cinco secciones se tienen en cuenta adecuadamente y dentro de los plazos pertinentes. ¿No entrañará esto una enorme carga administrativa suplementaria y, en

<sup>77</sup> (9) Véase al respecto, entre otros, el punto 6.8 del Dictamen del CESE sobre «Política de empleo: papel del CESE tras la ampliación y en la perspectiva del proceso de Lisboa» (ponente: Sr. GREIF) de 9.2.2005.

## LEGISLACIÓN

particular, una considerable necesidad de coordinación interministerial a nivel de los Estados miembros? ¿Qué significa esto en especial para los pequeños y –sobre todo, en el caso presente– nuevos Estados miembros? En líneas generales, convendría prestar atención para que la racionalización a nivel de la Comisión no cree dificultades administrativas en los Estados miembros y para tener adecuadamente en cuenta en la gestión del programa a los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil.

2.6.3 El CESE, además, observa que la racionalización no ha de producir merma en la aplicación del programa, especialmente en lo que a transparencia del trabajo del Comité del programa se refiere, ni tampoco en las prerrogativas de los Estados miembros en cuanto a procedimiento decisorio y selección de proyectos. La gestión, consecución de objetivos, participación, e igualmente el adecuado control y seguimiento por parte de la Comisión deben seguir estando garantizados con la calidad correspondiente y, en cualquier caso, en las proporciones actuales.

## 2.7 Simplificación para el usuario final y acceso al programa

2.7.1 La racionalización propuesta mejorará, según afirma la Comisión, la visibilidad, claridad y coherencia de los instrumentos y, por tanto, beneficiará principalmente al usuario final. Los beneficiarios potenciales podrán solicitar más fácilmente financiación con arreglo a las diferentes secciones del nuevo programa, gracias a su enfoque normalizado y a la armonización de sus normas de aplicación. Dado que, en particular, un único proyecto puede perseguir los objetivos de más de una sección del programa, los usuarios finales dispondrán de una «ventanilla única».

2.7.2 Con respecto, no obstante, a gran parte de las ideas indicadas para la racionalización y mejor distribución de los recursos resulta difícil, sin conocimiento de las normas de aplicación concretas, evaluar hasta qué punto son conciliables los diversos tipos de objetivos: (a) estructura de programa más amplia, centralizada; (b) administración agilizada, eficiente a todos los niveles (Comisión, Estados miembros, titulares de proyectos); (c) exigencias en materia de informes y seguridad de los mecanismos financieros; (d) acceso en lo posible directo y abierto al programa para todos los tipos de destinatarios. Se necesita al respecto una estrategia activa por medio de las normas de aplicación, al objeto de poder superar conflictos previsibles entre los objetivos. El Comité considera que el éxito del programa dependerá muy especial-

mente de que la simplificación proclamada sea también perceptible por parte de los usuarios. Por ello, a juicio del Comité, llegar a alcanzar efectivamente los objetivos pretendidos de simplificación y racionalización en tanto que «valor añadido para el usuario» dependerá por completo de las normas de aplicación que se adopten (sobre todo, la «ventanilla única»).

2.7.3 Por consiguiente, la «proximidad al ciudadano» en la utilización de los créditos comunitarios se medirá en función de hasta qué punto se facilita a los solicitantes interesados el acceso al programa y a proyectos, o bien en función de hasta qué punto se pueden contrarrestar dificultades en el acceso a proyectos. Tomando en consideración las nuevas dimensiones en la envergadura del programa, las experiencias con otros programas de acción e iniciativas comunitarias y las actuales experiencias con nuevas disposiciones financieras de la Comisión, resulta necesario adoptar las oportunas medidas para que las normas de aplicación no prohíban el acceso a los «pequeños solicitantes». Cabe, por ello, plantearse la pregunta de las «medidas compensadoras» que pueden adoptarse en este contexto para que PROGRESS no sólo siga teniendo un carácter apropiado, sino también atractivo y, en consecuencia, pese al incremento de los requisitos administrativos (por ejemplo, presentación de garantías bancarias, certificados de solvencia, certificación de control contable), siga permitiendo el acceso a organizaciones de la sociedad civil que no disponen de especialistas de proyectos ni de gran infraestructura (contable).

## 2.8 Cooperación con organizaciones de la sociedad civil

2.8.1 En el artículo 9.2 (descripción de las acciones para la consecución de los objetivos) se supedita el tipo de acción «aprendizaje mutuo, sensibilización y difusión» a las condiciones siguientes: «dimensión comunitaria importante», «escala apropiada», «verdadero valor añadido en la UE» y restricción de destinatarios: «autoridades subnacionales y otros organismos y agentes». Los criterios mencionados son vagos y se prestan a un amplio margen de interpretación. Por ello, el Comité recomienda que, al aplicar estrictamente dichos criterios a los contratos sacados a concurso o a los solicitantes, se garantice que no se restringirá claramente el acceso a, por ejemplo, proyectos importantes y, por tanto, determinados grupos de destinatarios y agentes.

2.8.2 En el artículo 2.5 de la propuesta de Decisión se establece como uno de los objetivos generales de PROGRESS «sensibilizar a las partes interesadas y al

## LEGISLACIÓN

público en general sobre las políticas de la UE». Esto sólo podrá conseguirse si el amplio abanico de agentes relevantes en las secciones de política social del programa a escala europea, nacional y local también puede seguir desarrollando sus actividades. En este contexto, el Comité acogerá con particular satisfacción la simplificación y racionalización si ello facilita igualmente el acceso de todas las «partes interesadas», especialmente de los agentes sociales y otras organizaciones de la sociedad civil, y no conduce a dificultar el acceso a los créditos comunitarios.

2.8.3 El CESE manifiesta en este contexto su inquietud por el hecho de que en la lista de los agentes relevantes con acceso a PROGRESS se restrinja estos a las ONG activas a escala de la UE. En el artículo 10 («Acceso al programa») no se hace referencia a ONG que operen a escala nacional. El Comité está convencido de que, pese a que los agentes organizados a escala de la UE desempeñan un papel importante, el intercambio real, la creación de redes, la identificación y difusión de buenas prácticas, y también el aprendizaje mutuo, se producen sobre todo entre agentes que tienen la experiencia pertinente en un ámbito determinado y operan a escala nacional, regional y local. El Comité considera que realizar acciones con carácter supranacional y garantizar el intercambio de experiencias en el marco de la Unión Europea tienen en este contexto la misma importancia que la asociación formal de dichos agentes a escala europea. El Comité, por tanto, propone que se reformule el texto propuesto por la Comisión y que los agentes con acceso al programa se definan simplemente como ONG activas en el ámbito europeo.

2.8.4 El Comité, por consiguiente, propone introducir las correspondientes aclaraciones y referencias cruzadas en los artículos 2, 9 y 10 de la propuesta de Decisión, al objeto de garantizar uno de los objetivos generales previstos por la Comisión, como es la cooperación con organizaciones de la sociedad civil.

### 3. Resumen

3.1 El CESE suscribe en sus líneas generales la propuesta de la Comisión sobre PROGRESS 2007-2013 y concede también suma atención a esta iniciativa en el contexto precisamente de las actuales contribuciones a la evaluación intermedia de la Estrategia de Lisboa. Este programa marco es uno de los principales instrumentos de ayuda en materia de política social y empleo y su período de vigencia es más amplio que el de la Agenda de política social 2006-2010 ya aprobada. Debido precisamente a los compromisos que

por dicha razón se contraerán a largo plazo, el Comité tiene con respecto a algunos puntos concretos de la propuesta de la Comisión objeciones que requieren aclaración y también precisión.

3.2 Se trata en particular de observaciones sobre: a) coherencia con otras políticas de la Comunidad, b) dotación financiera y reparto de créditos, c) amplio acceso y utilidad para los usuarios finales pese a la racionalización a nivel de la Comisión, d) transparencia y participación en el Comité del programa, e) participación de la sociedad civil.

3.3 El CESE confía en que, en el contexto de la realización de los objetivos de la Estrategia de Lisboa y, en especial, los relativos al marco financiero, las observaciones formuladas sobre dichos puntos serán tenidas en cuenta en el proceso decisorio ulterior de PROGRESS.

*Bruselas, 6 de abril de 2005.*

*La Presidenta del Comité Económico y Social Europeo*

*Anne-Marie SIGMUND*

### COMENTARIO AL DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO SOBRE LA PROPUESTA DE DECISIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, POR LA QUE SE ESTABLECE UN PROGRAMA COMUNITARIO DE FOMENTO DEL EMPLEO Y LA SOLIDARIDAD SOCIAL (PROGRESS).

El Diario Oficial de la Unión Europea publica el día 14 de octubre de 2005, un Dictamen del Comité Económico y Social de la Unión Europea, respecto del programa comunitario PROGRESS. Este programa tiene como finalidad la simplificación y racionalización del gasto en materia de política de empleo y asuntos sociales de la Unión. Para ello se simplifica en gran medida la burocracia que se había venido creando en torno a las ayudas del Fondo Social Europeo, y se definen los criterios de reparto de los recursos económicos, en todos los Estados de la Unión.

Es interesante la iniciativa que presenta la exposición de motivos de la propuesta de decisión sobre Progress sobre la creación de un Instituto Europeo de Género. Este Instituto contaría con una dotación presupuestaria de 52,7 millones de euros durante el período de 2007 a 2013.

Aunque nada se dice acerca de la composición y funcionamiento de este Instituto, sí se señala que “tendrá

## LEGISLACIÓN

como objetivo facilitar a la Comunidad y a los Estados miembros información y datos comparables en materia de igualdad entre hombres y mujeres y servirá de catalizador para elaborar, analizar y difundir información que permita mejorar la igualdad entre hombres y mujeres”.

Este programa se divide en cinco secciones: empleo, protección social e integración social, condiciones de trabajo, antidiscriminación y diversidad, e igualdad entre hombres y mujeres. Esta última sección es la que se puede considerar específica para el avance de la igualdad de la mujer en Europea, en la medida en que queda definida como “la aplicación efectiva del principio de igualdad entre hombres y mujeres y el fomento de la integración de la perspectiva de género en las políticas de la UE.”

Además, al tratarse de un programa que está abierto a todos los organismos, tanto públicos como privados, y tanto regionales como locales, este programa representa la oportunidad para instituciones que generalmente no tienen acceso a estas prestaciones, como las

ONGs , instituciones sociales, o incluso las propias Universidades.

Posiblemente el problema para conseguir desde los Estados miembros este tipo de ayudas, esté algunas veces en la falta de difusión que tienen en el ámbito interno estatal. Sería conveniente que los Estados asumieran desde dentro la necesidad de difundir el conocimiento de lo que se está trabajando desde Europa. En no buena medida el recelo hacia la Constitución Europea, viene determinado por la ausencia de información de cuántas actividades y programas se llevan a cabo por la Unión, y no tienen un reflejo en nuestra política. El acceso a esta información exige muchas veces un seguimiento puntual que el ciudadano medio no hace, y por esta razón Europa sigue siendo una experiencia lejana para la ciudadanía. Sin embargo, en materia de género, desde hace ya varias décadas, es precisamente Europa la que marca la evolución y el avance jurídico en la igualdad entre mujeres y hombres. (MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJON. Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

## **REAL DECRETO 1452/2005, DE 2 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE REGULA LA AYUDA ECONÓMICA ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 27 DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO<sup>78</sup>.**

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su artículo 27, establece el derecho a percibir una ayuda económica a las mujeres víctimas de violencia de género que se sitúen en un determinado nivel de rentas y respecto de las que se presume que, debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, tendrán especiales dificultades para obtener un empleo. Se trata de un derecho subjetivo mediante el que la citada Ley Orgánica asegura uno de sus principios rectores, recogido en su artículo 2, letra e), cual es garantizar derechos económicos para las mujeres víctimas de violencia de género, con el fin de facilitar su integración social. El reconocimiento de este derecho requerirá la acreditación por parte de la víctima de insuficiencia de recursos económicos, situados en unos ingresos iguales

o inferiores al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias; así como un informe del Servicio Público de Empleo competente en el que se prevea, fundamentalmente, y durante el diseño de su itinerario personal de inserción laboral, que su inclusión en los programas de empleo específicos que se establezcan para estas víctimas, previsión recogida en el artículo 22 de la referida Ley Orgánica, no va a mejorar sustancialmente su empleabilidad.

Este informe, necesario para el reconocimiento de este derecho, se emitirá por el Servicio Público de Empleo competente con carácter excepcional y para el momento en que se tramite la concesión de la ayuda, pues deben quedar salvaguardados los objetivos principales perseguidos por la política de empleo, uno de los cuales es asegurar políticas adecuadas de integra-

<sup>78</sup> Publicado en el BOE núm. 301, de 17 de diciembre.

## LEGISLACIÓN

ción laboral a aquellos colectivos que presentan mayores dificultades, garantizándoles la aplicación de políticas activas de empleo, garantía que constituye, a su vez, uno de los fines del Sistema Nacional de Empleo, por lo que, en el caso de que desaparezcan o se modifiquen las circunstancias que hagan prever la no empleabilidad de la víctima, el itinerario de inserción profesional debe ser retomado.

Las ayudas consisten en un pago único que se modulará en función de las responsabilidades familiares o del grado de minusvalía de la víctima o de alguno de los familiares a su cargo, o por ambos conceptos. El procedimiento de concesión y pago de las ayudas corresponde a las Administraciones competentes en materia de servicios sociales y serán financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

La posibilidad de modulación de la cuantía de la ayuda económica en atención a las circunstancias anteriormente mencionadas, así como la necesidad de efectuar una mayor concreción de los factores que influyen en la capacidad de inserción profesional de la mujer víctima de violencia de género, aconseja el desarrollo reglamentario del artículo 27, con el fin de asegurar la correcta aplicación de la norma y garantizar el principio de seguridad jurídica y la igualdad en el acceso al derecho reconocido, dejando a salvo las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas para establecer el procedimiento de concesión de la ayuda.

En la elaboración de este Real Decreto han sido consultadas las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, a través de la Conferencia Sectorial de la Mujer, así como las organizaciones no gubernamentales de mujeres.

Igualmente se ha tenido en cuenta el informe elaborado por el Consejo Económico y Social.

Por su parte, la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, habilita al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para su aplicación.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, con la aprobación previa del Ministro de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 2 de diciembre de 2005, dispongo:

#### **Artículo 1. Objeto.**

Este Real Decreto tiene por objeto regular la ayuda económica prevista en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, dirigida a las víctimas de violencia de género para las que quede acreditada insuficiencia de recursos y unas especiales dificultades para obtener un empleo.

#### **Artículo 2. Acreditación de la situación de violencia de género.**

Las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento del derecho a la ayuda económica regulada en este Real Decreto, se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la denunciante es víctima de violencia de género en tanto se dicta la orden de protección.

#### **Artículo 3. Requisitos de acceso.**

Para ser beneficiaria del derecho a la ayuda económica, la mujer víctima de violencia de género deberá reunir, a la fecha de solicitud de la ayuda, los siguientes requisitos:

a) Carecer de rentas que, en cómputo mensual, superen el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional vigente, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

b) Tener especiales dificultades para obtener un empleo, que se acreditará a través del Informe del Servicio Público de Empleo

#### **Artículo 4. Determinación de las rentas.**

A efectos de determinar el requisito de carencia de rentas, únicamente se tendrán en cuenta las rentas o ingresos de que disponga o pueda disponer la solicitante de la ayuda, sin que se computen a estos efectos las rentas o ingresos de otros miembros de la unidad familiar que convivan con la víctima.

Si la solicitante de la ayuda tuviera responsabilidades familiares, se entenderá que cumple el requisito de carencia de rentas cuando la renta mensual del conjunto de la unidad familiar, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75% del salario mínimo interprofesional.

Se considerarán rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos de que disponga o pueda disponer la víctima de violencia de género derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, incluyendo los incrementos de patrimonio, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones económicas de la Seguridad Social por hijo o menor acogido a cargo. También se considerarán los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 50 por 100 del tipo del interés legal del dinero vigente, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por la víctima y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas.

Las rentas que no procedan del trabajo y se perciban con periodicidad superior al mes se computarán a estos efectos prorrateándose mensualmente.

#### **Artículo 5. El Informe del Servicio Público de Empleo.**

## LEGISLACIÓN

El informe del Servicio Público de Empleo competente deberá hacer constar que la mujer solicitante de esta ayuda, debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, no va a mejorar de forma sustancial su empleabilidad por su participación en los programas de empleo específicos establecidos para su inserción profesional.

A tal efecto, en la elaboración del itinerario personal de inserción laboral, se valorará cada uno de los factores mencionados en el apartado anterior y la incidencia conjunta de los mismos en la capacidad de inserción profesional de la víctima y sobre la mejora de su empleabilidad. En la apreciación de la edad, se tendrá en cuenta aquellas edades de las que el Servicio Público de Empleo, de acuerdo con su experiencia, pueda inferir la dificultad para la inserción laboral. Por lo que se refiere a las circunstancias relativas a la preparación general o especializada de la víctima, se estimará, fundamentalmente, aquellos supuestos de total falta de escolarización o, en su caso, de analfabetismo funcional. En la valoración de las circunstancias sociales se atenderán las relacionadas con la situación de violencia sufrida y su repercusión en la participación o aprovechamiento de los programas de inserción, con el grado de minusvalía reconocido, así como cualesquiera otras que, a juicio del Servicio Público de Empleo competente, puedan incidir en la empleabilidad de la víctima.

#### Artículo 6. Cuantía de la ayuda.

1. El importe de esta ayuda será, con carácter general, equivalente al de seis meses de subsidio por desempleo.
2. Cuando la víctima de violencia de género tuviera responsabilidades familiares, el importe de la ayuda será el equivalente a:
  - a) Doce meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima tuviera a cargo un familiar o menor acogido.
  - b) Dieciocho meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima tuviera a su cargo dos o más familiares o menores acogidos, o un familiar y un menor acogido.
3. Cuando la víctima de violencia de género tuviera reconocido oficialmente un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, el importe de la ayuda será equivalente a:
  - a) Doce meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima no tuviera responsabilidades familiares.
  - b) Dieciocho meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima tuviera a su cargo un familiar o menor acogido.
  - c) Veinticuatro meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima tuviera a su cargo dos o más familiares o menores acogidos, o un familiar y un menor acogido.

4. Cuando la víctima de violencia de género tuviera a su cargo a un familiar o un menor acogido, que tuviera reconocido oficialmente un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, el importe de la ayuda será equivalente a:

- a) Dieciocho meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima tuviera a su cargo un familiar o menor acogido.
- b) Veinticuatro meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima tuviera a su cargo dos o más familiares o menores acogidos, o un familiar y un menor acogido.

5. Cuando la víctima de violencia de género con responsabilidades familiares o el familiar o menor acogido con quien conviva tuviera reconocido oficialmente un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100, el importe de la ayuda será equivalente a veinticuatro meses de subsidio por desempleo.

6. Cuando la víctima de violencia de género y el familiar o menor acogido con quien conviva tuvieran reconocido oficialmente un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, el importe de la ayuda será equivalente a veinticuatro meses de subsidio por desempleo.

#### Artículo 7. Responsabilidades familiares.

A los efectos de lo previsto en este Real Decreto, existirán responsabilidades familiares cuando la beneficiaria tenga a su cargo al menos, a un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con el que conviva. No se considerarán a cargo los familiares con rentas de cualquier naturaleza superiores al salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Las responsabilidades familiares deberán concurrir en el momento de la solicitud, excepto en el supuesto de hijas e hijos que nazcan dentro de los trescientos días siguientes. En este supuesto procederá revisar la cuantía de la ayuda percibida para adecuarla a la cantidad que le hubiera correspondido si, a la fecha de la solicitud, hubieran concurrido esas responsabilidades.

Se entenderá que existe convivencia cuando ésta se encuentre interrumpida por motivos derivados de la situación de violencia de género.

No será necesaria la convivencia cuando exista obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial. Se presumirá la convivencia, salvo prueba en contrario, cuando los familiares tengan reconocida la condición de beneficiarios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social en el documento que aparezca extendido a nombre de la víctima.

#### Artículo 8. Tramitación y pago de la ayuda.

1. Estas ayudas serán concedidas y abonadas en un pago único por las Administraciones competentes en materia de servicios sociales, de conformidad con sus normas de procedimiento.

## LEGISLACIÓN

2. En la regulación del procedimiento de concesión las Administraciones competentes en materia de servicios sociales velarán y garantizarán que todas las fases del procedimiento se realicen con la máxima celeridad y simplicidad de trámites.

Los procedimientos de concesión serán, en todos sus trámites, accesibles a las personas con discapacidad.

3. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales reembolsará el importe íntegro de estas ayudas a la Administración que hubiera efectuado el pago, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, de acuerdo con el procedimiento que a tal efecto se establezca mediante el sistema de cooperación aplicable a la relación entre dicho Ministerio y tal Administración.

**Artículo 9. Causas de reintegro.**

Procederá la devolución íntegra de las cantidades percibidas, cuando se hubiera obtenido la ayuda sin reunir los requisitos exigidos para su concesión, o falseando u ocultando los hechos o datos que hubieran

impedido su concesión.

**DISPOSICIÓN ADICIONAL. Personas con discapacidad**

A los efectos de este Real Decreto, tendrán la consideración de personas con discapacidad las comprendidas en el número 2 del artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

**DISPOSICIONES FINALES**

**Disposición final primera. Facultad de desarrollo**

Se faculta al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales para dictar cuantas disposiciones sean precisas para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en este Real Decreto.

**Disposición final segunda. Entrada en vigor**

El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

**REAL DECRETO 1455/2005, DE 2 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA, APROBADO POR EL REAL DECRETO 996/2003, DE 25 DE JULIO<sup>79</sup>.**

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, modifica el apartado 5 del artículo 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, excluyendo la necesidad de acreditar previamente la carencia de recursos económicos por parte de las víctimas de violencia de género que soliciten asistencia jurídica gratuita, así como la inmediatez en la prestación de dicha asistencia.

A su vez, la citada Ley Orgánica 1/2004 extiende el derecho a todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida, estableciendo además que en estos supuestos una misma dirección letrada asumirá la defensa de las víctimas y que este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima. Así mismo la citada Ley Orgánica dispone que, en todo caso, se garantizará la defensa jurídica gratuita y especializada de forma inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten, sin perjuicio de que si no se les reconoce posteriormente el derecho a esa asistencia

deberán abonar al abogado los honorarios devengados por su intervención.

Este nuevo régimen singular y privilegiado de ejercicio de estos derechos hace necesario proceder a la modificación del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita, aprobado por el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio.

Con el objetivo de adaptar las previsiones reglamentarias al contenido de la ley, y teniendo en cuenta la garantía que la Ley Orgánica 1/2004 establece de una defensa jurídica inmediata y especializada a las mujeres víctimas de violencia de género, se introduce en el título I, capítulo II, Procedimiento para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, una sección III bajo la rúbrica Procedimiento especial en los procesos que tengan causa directa o indirecta en la violencia de género.

Por otra parte, las nuevas previsiones legales determinan el establecimiento de un nuevo modelo de solicitud, así como la ampliación de los módulos y bases de compensación económica con cargo a fondos públicos, referidos al asesoramiento y asistencia inmediata a la

<sup>79</sup> Publicado en el BOE núm. 301, de 17 de diciembre. Se publica sin anexos.

## LEGISLACIÓN

mujer víctima de violencia de género, lo que supone la modificación del anexo II del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita, incorporándose al presente Real Decreto como anexos 1 y 2, respectivamente.

Este Real Decreto se dicta al amparo de la habilitación conferida al Gobierno en las disposiciones finales cuarta y quinta de la Ley Orgánica 1/2004, que otorgan al Ejecutivo un plazo de seis meses para aprobar las disposiciones reglamentarias necesarias y para modificar el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.

Este Real Decreto ha sido informado por el Consejo General del Poder Judicial, por las comunidades autónomas con competencias asumidas en materia de Justicia, por el Consejo General de la Abogacía Española y por el Consejo General de los Procuradores de los Tribunales de España.

En su virtud, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Economía y Hacienda, con la aprobación previa del Ministro de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 2 de diciembre de 2005, dispongo:

**Artículo único.** Modificación del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita, aprobado por el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio.

El Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita, aprobado por el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, queda modificado como sigue:

Uno. El artículo 1 queda redactado del siguiente modo:

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

1. Este Reglamento regula el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

2. Este Reglamento será de aplicación al reconocimiento por la Administración General del Estado del derecho de asistencia jurídica gratuita en relación con:

Todo tipo de procesos ante juzgados y tribunales con jurisdicción en todo el territorio nacional o en el territorio de una comunidad autónoma que no haya recibido los traspasos en materia de provisión de medios al servicio de la Administración de Justicia.

Los procedimientos administrativos cuya tramitación y resolución corresponda a órganos de la Administración General del Estado, siempre que se encuentren legalmente comprendidos en el derecho de asistencia jurídica gratuita.

3. Se exceptúan de lo dispuesto en los apartados anteriores los artículos 16; 20; apartados 1, 3 y 4 del artículo 27; 33; 34 y 35 de este Reglamento, que, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asisten-

cia Jurídica Gratuita, serán de aplicación general en todo el territorio nacional.

Dos. Se adiciona al capítulo II del título I, una sección III, con el siguiente contenido:

SECCIÓN III. PROCEDIMIENTO EN AQUELLOS PROCESOS JUDICIALES Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE TENGAN CAUSA DIRECTA O INDIRECTA EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

Artículo 25 bis. Iniciación y presentación de la solicitud.

1. Cuando se trate de la prestación del servicio de orientación jurídica, defensa y asistencia letrada a las mujeres víctimas de violencia de género, éste se asegurará a todas las que lo soliciten, procediéndose de forma inmediata a la designación de abogado de oficio dentro del turno especializado en la defensa de las víctimas de violencia de género que a tal efecto se establezca por los Colegios de Abogados en sus respectivos ámbitos.

2. Designado el abogado de oficio, éste informará a su defendida del derecho que le asiste para solicitar el beneficio de asistencia justicia gratuita, le informará de los requisitos necesarios para su reconocimiento, auxiliándola si fuese necesario en la redacción de los impresos de solicitud, y le advertirá que, de no serle reconocido con posterioridad el derecho a la asistencia jurídica gratuita, deberá abonar a su cargo los honorarios correspondientes.

3. Si la interesada desea solicitar el derecho de asistencia jurídica gratuita, cumplimentará el modelo que se une como anexo I.IV y lo presentará en el Servicio de orientación jurídica del Colegio de Abogados territorialmente competente en el plazo máximo de 48 horas a contar desde el momento en que hubiese recibido la primera atención, o bien en el registro correspondiente del Juzgado de su domicilio dentro de ese mismo plazo máximo de 48 horas. En este último caso, el juzgado remitirá la solicitud al Colegio de Abogados territorialmente competente de forma inmediata.

En la solicitud constarán los datos identificativos de la solicitante y deberá estar debidamente firmada por ésta; dada la inmediatez en la prestación de asistencia jurídica, no será precisa la acreditación previa de la carencia de recursos económicos por parte de la asistida, sin perjuicio de la obligación de presentar la documentación necesaria en el Colegio de Abogados.

Artículo 25 ter. Presentación de la documentación.

1. La solicitante de asistencia jurídica gratuita deberá presentar la documentación necesaria relacionada en el anexo I.IV en el Servicio de orientación jurídica del Colegio de Abogados juntamente con la solicitud, o bien en el plazo máximo de cinco días a partir de la presentación de la misma.

## LEGISLACIÓN

2. Transcurrido dicho plazo, si la interesada no aportase la documentación se le tendrá por desistida de su solicitud y el Colegio de Abogados procederá a su archivo, dando cuenta al letrado para que actúe en consecuencia.

3. Analizada la solicitud y la documentación presentada, si ésta fuese insuficiente, se requerirá a la solicitante para que subsane los defectos advertidos en el plazo de 10 días hábiles; de no hacerlo así, se le tendrá igualmente por desistida en su solicitud.

4. Si la documentación fuese suficiente, subsanados en su caso los defectos advertidos, el Colegio de Abogados, en el plazo de tres días, trasladará el expediente a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita junto con un informe sobre la procedencia de la pretensión, comunicando asimismo la designación efectuada del letrado que ha asumido la asistencia de oficio.

Artículo 25 quater. Instrucción y resolución del procedimiento.

1. Recibido el expediente en la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita y realizadas las comprobaciones pertinentes, ésta dictará resolución que reconozca o deniegue el derecho en el plazo máximo de 30 días a contar desde la recepción del expediente completo.

Cuando se trate de la prestación del servicio de asistencia letrada a la mujer víctima de un delito susceptible de enjuiciamiento rápido, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita dará preferencia a la tramitación de la solicitud, procurando que la resolución por la que se reconozca o deniegue el derecho se dicte con anterioridad a la fecha de celebración del juicio oral.

2. La resolución se notificará en el plazo común de tres días a la solicitante, al Colegio de Abogados y, en su caso al Colegio de Procuradores, a las partes interesadas y al juzgado o tribunal que esté conociendo del proceso, o al Juez Decano de la localidad si aquél no se hubiera iniciado.

Si la resolución fuese estimatoria, el letrado del turno de oficio designado inicialmente y, en su caso, el procurador quedarán confirmados, asumiendo la asistencia jurídica, la defensa y, en su caso, la representación gratuitas en todos los procesos y procedimientos administrativos que se deriven de la violencia padecida.

3. Si fuese desestimatoria, la solicitante podrá designar abogado y procurador de libre elección, debiendo abonar los honorarios y derechos económicos ocasionados por los servicios efectivamente prestados a los profesionales designados de oficio con carácter provisional. En este caso, el letrado actuante habrá de reembolsar a la Administración el importe de las retribuciones percibidas con motivo de su intervención profesional.

Artículo 25 quinquies. Aplicación supletoria de las normas comunes.

En lo no previsto expresamente en esta sección, se aplicarán a este procedimiento las normas comunes contenidas en la sección I.

Tres. Los artículos 27, 28 y 29 quedan redactados del siguiente modo:

Artículo 27. Obligaciones profesionales.

1. *Los abogados y procuradores designados de oficio desempeñarán sus funciones de forma real y efectiva hasta la finalización del procedimiento en la instancia judicial de que se trate y, en su caso, la ejecución de las sentencias, si las actuaciones procesales en ésta se produjeran dentro de los dos años siguientes a la resolución judicial dictada en la instancia.*

2. En el procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de delitos, la asistencia letrada se prestará por el mismo abogado desde el momento de la detención, si la hubiese, o desde que se requiera dicha asistencia y hasta la finalización del procedimiento, incluido el juicio oral y, en su caso, la ejecución de la sentencia.

3. En el supuesto de asistencia a las mujeres víctimas de violencia de género, la orientación jurídica, defensa y asistencia se asumirán por una misma dirección letrada desde el momento en que se requiera, y abarcará todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida hasta su finalización, incluida la ejecución de sentencia. Este mismo derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima.

4. Sólo en el orden penal los letrados designados podrán excusarse de la defensa, siempre que concurra un motivo personal y justo, que será apreciado por los decanos de los colegios. En el supuesto de atención a las víctimas de violencia de género, la aceptación de la excusa en el orden penal implicará el cese en los demás procedimientos y la designación de un nuevo letrado.

Artículo 28. Régimen de guardias.

1. Para la atención letrada al detenido durante la detención y la realización de las primeras diligencias de instrucción criminal que resulten procedentes, así como para la asistencia letrada a quien se le atribuya un delito en el atestado policial, haya sido detenido o no, para cuya instrucción y enjuiciamiento es de aplicación el procedimiento especial previsto en el título III de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción dada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, todos los Colegios de Abogados establecerán un régimen de guardias que garantice, de forma permanente, la asistencia y defensa de aquéllos.

2. Para la orientación jurídica, defensa y asistencia letrada inmediatas de las mujeres víctimas de violencia

## LEGISLACIÓN

de género en todos los procesos y procedimientos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida y desde el momento en que lo requieran, todos los Colegios de Abogados establecerán un régimen de guardias especializado en la defensa de las víctimas de violencia de género.

3. El régimen de guardias así como el número de letrados que integran cada servicio de guardia se determinará, entre otras circunstancias, en función del volumen de litigiosidad, ámbito territorial, características geográficas o situación y distancia de los centros de detención. A tal efecto, el Consejo General de la Abogacía Española, con la conformidad del Ministerio de Justicia, determinará los parámetros a que han de ajustarse los colegios profesionales en la determinación del número de letrados que ha de integrar el servicio de guardia.

Artículo 29. Prestación de los servicios de guardia.

1. Con carácter general, los servicios de guardia se prestarán con periodicidad diaria, y se incorporarán a éstos, en situación de disponibilidad o de presencia física, todos los letrados que lo integren conforme al régimen establecido por el colegio respectivo, y que realizarán cuantas asistencias sean necesarias durante el servicio de guardia.

2. Excepcionalmente, en aquellos colegios en los que la reducida dimensión de sus actividades u otras características así lo aconsejen, se podrán establecer servicios de guardia con diferente periodicidad, a los que se irán incorporando los letrados a medida que se produzca alguna incidencia que requiera asistencia letrada.

3. Para la orientación jurídica, defensa y asistencia letrada inmediata de las mujeres víctimas de violencia de género se establecerá en cada Colegio de Abogados una guardia de disponibilidad de la que formarán parte letrados especializados en la defensa de las víctimas de violencia de género, en el número que se determine por el propio colegio de conformidad con los parámetros que a tal efecto se determinen conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior y con la periodicidad que asimismo se determine.

4. El régimen de prestación de servicios de guardia que se determine requerirá ser conocido, con carácter previo, por el Ministerio de Justicia.

Cuatro. El artículo 30 queda redactado del siguiente modo:

Artículo 30. Efectos del reconocimiento del derecho.

1. El reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita llevará consigo la confirmación de las designaciones provisionales de abogado y, en su caso, procurador de oficio, y si éstas no se hubiesen producido, el nombramiento inmediato de los profesionales que defiendan y en su caso, representen al titular del

derecho, así como del resto de las prestaciones que integren el derecho. En cada ámbito territorial, los Colegios de Abogados y los Colegios de Procuradores actuarán de manera coordinada para efectuar las designaciones que procedan en cada caso, y no podrá actuar, al mismo tiempo, un abogado de oficio y un procurador libremente elegido o viceversa, salvo que el profesional de libre elección renuncie por escrito a percibir sus honorarios o derechos ante el titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita y ante el colegio ante el que se halle inscrito.

2. En el orden penal, se asegurará en todo caso la defensa desde el momento mismo de la detención, sin perjuicio del abono por el cliente de los honorarios devengados si no le fuese reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

3. Cuando se trate de asistencia a la mujer víctima de violencia de género, se asegurará dicha asistencia desde el momento en que la mujer lo solicite, produciendo la falta de reconocimiento del derecho iguales efectos a los señalados en el apartado anterior.

Cinco. Los artículos 36 y 38 quedan redactados del siguiente modo:

Artículo 36. Subvención.

1. El Ministerio de Justicia subvencionará con cargo a sus dotaciones presupuestarias la implantación y prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita por los Colegios de Abogados y Procuradores en su ámbito de gestión.

El importe de la subvención se aplicará a retribuir las actuaciones profesionales previstas por la ley siempre que tengan por destinatarios a quienes sean beneficiarios del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Asimismo, se destinará a retribuir los gastos devengados por la tramitación de los expedientes de asistencia jurídica gratuita, así como, en su caso, el asesoramiento y la orientación previos al proceso.

2. Los libramientos de las subvenciones se efectuarán trimestralmente.

Artículo 38. Devengo de la indemnización.

1. Los abogados y procuradores devengarán la retribución correspondiente a su actuación, en los porcentajes establecidos en el anexo III, una vez acrediten documentalmente ante sus respectivos colegios la intervención profesional realizada, que habrá de ser verificada por éstos. Dicha documentación se conservará por los colegios, quienes la pondrán a disposición del Consejo General de la Abogacía Española y, en su caso, del Ministerio de Justicia cuando sea solicitada.

2. Cuando se trate del servicio de asistencia letrada al detenido, la indemnización se devengará por servicio de guardia de 24 horas al finalizar éste y las asistencias realizadas se considerarán, con las limitaciones que se establezcan, como una única actuación.

## LEGISLACIÓN

Si, excepcionalmente, el servicio de guardia fuese de duración superior, se retribuirá por asistencia individualizada, sin que la retribución diaria de cada letrado, sea cual sea el número de las realizadas, pueda exceder del doble de la cantidad asignada por día a cada letrado por servicio de guardia de 24 horas.

Las actuaciones posteriores a la primera declaración del detenido o preso se considerarán incluidas en la retribución que corresponda al procedimiento de que se trate conforme al baremo establecido en el anexo II.

3. Cuando se trate de asesoramiento y asistencia a la mujer víctima de violencia de género, el servicio de guardia se retribuirá conforme al baremo establecido en el anexo II. Las actuaciones posteriores en procesos o procedimientos administrativos que tengan su origen directo o indirecto en la violencia padecida se retribuirán igualmente conforme a las bases y módulos establecidos en el anexo II correspondientes al procedimiento de que se trate.

4. Cuando se trate de un procedimiento de enjuiciamiento rápido, excepto en el supuesto a que se refiere el apartado anterior, en el que las actuaciones que se realicen se retribuirán en la forma indicada en él, todas las actuaciones, incluida la asistencia letrada al detenido, si la hubiera, se considerarán incluidas en la retribución que corresponda al procedimiento conforme al baremo establecido en el anexo II. No obstante, si una vez prestada la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales o en la primera comparecencia judicial, el juez determinara que el procedimiento no es susceptible de tramitación rápida, la actuación letrada de asistencia al detenido se considerará, a efectos de su retribución, como asistencia individualizada, y se devengará una vez adoptada la resolución judicial y previa su acreditación.

5. Asimismo, si durante el servicio de guardia los letrados a quienes por turno corresponda no hubiesen efectuado ninguna intervención, serán retribuidos por haber permanecido en disponibilidad en la cuantía que se fija en el anexo II.

Si, por el contrario, durante el tiempo de la guardia el número de letrados que constituye el servicio de guardia de asistencia para el enjuiciamiento rápido de delitos excepcionalmente resultase insuficiente, los letrados que forman parte del servicio de guardia de asistencia al detenido podrán pasar a reforzar dicho servicio, sin perjuicio de percibir la indemnización correspondiente por servicio de guardia al detenido. Este refuerzo, en cualquier caso, será acordado por el colegio correspondiente, a la vista de la situación planteada.

6. En todos los casos, la documentación acreditativa de la actuación profesional realizada ha de ser presentada en el colegio, dentro del plazo de un mes na-

tural, contado a partir de la fecha de su realización.

Seis. Se aprueba el nuevo anexo I.IV así como la modificación del anexo II, que se incorporan como anexos 1 y 2, respectivamente, del presente Real Decreto.

Siete. Se añade una nueva disposición adicional única con la siguiente redacción:

**DISPOSICIÓN ADICIONAL ÚNICA.** Autorización de cesión de datos de naturaleza tributaria a las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita.

La presentación de la solicitud de asistencia jurídica gratuita supondrá la autorización del solicitante para que la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita obtenga de forma directa de la Administración tributaria la acreditación, en su caso, de que no está obligado a presentar declaración por el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, en cuyo caso el solicitante no deberá aportar la correspondiente certificación.

No obstante, el solicitante podrá denegar expresamente el consentimiento, en cuyo caso deberá aportar la mencionada certificación.

**DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA.** Derogación normativa.

Se deroga la disposición adicional única del Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.

**DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA.** Medidas de aplicación y habilitación para modificar los modelos de solicitud.

1. Se autoriza al Ministro de Justicia para dictar, en el ámbito de sus competencias, las medidas precisas para la aplicación de este Real Decreto.

2. Se autoriza a los Ministros de Justicia y de Economía y Hacienda para modificar mediante orden conjunta los modelos contenidos en el anexo I del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.

**DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA.** Efectos económicos.

Las retribuciones derivadas de todas las intervenciones por las asistencias prestadas a las mujeres víctimas de violencia de género realizadas a partir del 1 de enero de 2005 y con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto, se retribuirán en la forma y cuantía establecida en los módulos y bases de compensación económica previstos en su anexo II.

**DISPOSICIÓN FINAL TERCERA.** Entrada en vigor. El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Dado en Madrid, el 2 de diciembre de 2005.

- Juan Carlos R. -

La Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia,

María Teresa Fernández de la Vega Sanz.

## LEGISLACIÓN

## ACUERDO DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2005, DEL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO 1/2005, DE LOS ASPECTOS ACCESORIOS DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES<sup>80</sup>.

[...]

### TÍTULO III

Del servicio de guardia

#### CAPÍTULO I

Disposiciones generales

[...]

#### Artículo 42

1. Constituye el objeto del servicio de guardia la recepción e incoación, en su caso, de los procesos correspondientes a los atestados, denuncias y querellas que se presenten durante el tiempo de guardia, la realización de las primeras diligencias de instrucción criminal que resulten procedentes, entre ellas las medidas cautelares de protección a la víctima, la adopción de las resoluciones oportunas acerca de la situación personal de quienes sean conducidos como detenidos a presencia judicial, la celebración de los juicios inmediatos de faltas previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la tramitación de diligencias urgentes y de otras actuaciones que el Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye al Juez de guardia. Y, asimismo, la práctica de cualesquiera otras actuaciones de carácter urgente o inaplazable de entre las que la Ley atribuye a los Juzgados de Instrucción y a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Todas estas actuaciones se entenderán urgentes a los efectos del artículo 183 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

[...]

4. También será objeto del servicio de guardia la regularización de la situación personal de quienes sean detenidos por su presunta participación en delitos cuya instrucción sea competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la resolución de las solicitudes de adopción de las órdenes de protección de las víctimas de los mismos, siempre que dichas solicitudes se presenten y los detenidos sean puestos a disposición judicial fuera de las horas de audiencia de dichos Juzgados. A estos efectos, el Juez de Instrucción que atienda el servicio de guardia actuará en sustitución del correspondiente Juez de Violencia sobre la Mujer. Adoptada la decisión que proceda, el Juez de Instrucción en funciones de guardia remitirá

lo actuado al órgano competente y pondrá a su disposición, en su caso, al imputado.

[...]

#### Artículo 49

1. De la coordinación entre los Juzgados de guardia, Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la Policía Judicial en la realización de citaciones.

A los efectos de lo establecido en los artículos 796, 799 bis y 962 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la asignación de espacios temporales para aquellas citaciones que la Policía Judicial realice ante los Juzgados de guardia y Juzgados de Violencia sobre la Mujer se realizará a través de una Agenda Programada de Citaciones (APC), que detallará franjas horarias disponibles en dichos Juzgados para esta finalidad. Tratándose de Juzgados de Violencia sobre la Mujer las franjas horarias que se reserven comprenderán únicamente los días laborables y las horas de audiencia; las citaciones se señalarán para el día hábil más próximo, y si éste no tuviere horas disponibles, el señalamiento se hará para el siguiente día hábil más próximo.

Las asignaciones de hora para citaciones deben tener en cuenta los siguientes criterios:

Si hubiera más de un servicio de guardia o más de un Juzgado de Violencia sobre la Mujer en la circunscripción para instrucción de Diligencias Urgentes, las citaciones se realizarán al servicio de guardia o Juzgado de Violencia sobre la Mujer que corresponda con arreglo a las normas de reparto existentes, así como a los acuerdos adoptados en el seno de la Comisión Provincial de Coordinación de la Policía Judicial. Tendrán preferencia en la asignación de espacios horarios preestablecidos los testigos extranjeros y nacionales desplazados temporalmente fuera de su localidad, a los efectos de facilitar la práctica de prueba preconstituida, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. De la coordinación de señalamientos para juicios orales entre Juzgados de guardia, Juzgados de Violencia sobre la Mujer, Juzgados de lo Penal y Fiscalías de las Audiencias Provinciales.

<sup>80</sup> Publicado en el BOE núm. 231, de 27 de septiembre de 2005. Se publica parcialmente.

## LEGISLACIÓN

A los efectos previstos en el artículo 800.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los Juzgados de Instrucción en servicio de guardia ordinaria y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer realizarán directamente los señalamientos para la celebración del juicio oral en las causas seguidas como procedimiento de enjuiciamiento rápido, siempre que no hayan de dictar sentencia, de conformidad de acuerdo a lo previsto en el artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El Juzgado de Instrucción en servicio de guardia que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, haya de resolver sobre la situación personal del detenido por hechos cuyo conocimiento corresponda al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, citará a éste para comparecencia ante dicho Juzgado en la misma fecha para la que hayan sido citados por la Policía Judicial la persona denunciante y los testigos, en caso de que se decrete su libertad. En el supuesto de que el detenido sea constituido en prisión, junto con el mandamiento correspondiente, se libraré la orden de traslado al Juzgado de Violencia sobre la Mujer en la fecha indicada. Las asignaciones de fecha y hora para celebración de los juicios orales en las causas seguidas como procedimiento de enjuiciamiento rápido se realizarán con arreglo a una Agenda Programada de Señalamientos. A este fin, se establecerá un turno de señalamientos entre los Juzgados de lo Penal con la periodicidad que la Junta de Jueces determine, el cual deberá ser aprobado por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia y comunicado al Consejo General del Poder Judicial.

A falta de tal acuerdo regirán de forma supletoria las siguientes normas:

En aquellas demarcaciones con más de cinco Juzgados de lo Penal, se establecerá un turno diario de lunes a viernes en el que uno o dos Juzgados de lo Penal reservarán íntegramente su Agenda para que los Juzgados de guardia de la demarcación territorial realicen directamente el señalamiento de los juicios orales en estas causas. De acuerdo con el artículo 800.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el señalamiento por los Juzgados de guardia deberá realizarse en la fecha más próxima posible a partir del vencimiento del plazo de presentación del escrito de defensa, si éste no se hubiere presentado en el acto o de forma oral. El máximo número de señalamientos por estos procedimientos será de quince, y consecuentemente, en el momento en que se cubra este cupo el señalamiento deberá realizarse para el siguiente día de turno disponible.

En aquellas demarcaciones con más de un Juzgado de lo Penal y menos de seis se establecerá un turno se-

manal de señalamientos en el que uno de los Juzgados de lo Penal reservarán su Agenda de lunes a viernes para que los Juzgados de guardia de la demarcación territorial realicen directamente el señalamiento de los juicios orales del nuevo procedimiento de enjuiciamiento urgente. Dentro de este turno semanal, los señalamientos se realizarán para el primer día hábil de la semana, hasta un límite de quince señalamientos, procediéndose entonces al señalamiento para el siguiente día hábil de la semana, y así sucesivamente.

En aquellas demarcaciones con un único Juzgado de lo Penal, éste reservará en su Agenda uno o dos días a la semana, entre el lunes y el viernes, para que los Juzgados de guardia realicen directamente el señalamiento de los juicios orales del nuevo procedimiento de enjuiciamiento urgente.

3. De las normas de reparto relativas a los juicios de faltas y la coordinación para el señalamiento de estos entre Juzgados de Instrucción.

En aquellos partidos judiciales con más de un Juzgado de Instrucción, las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, a propuesta de las Juntas de Jueces, adaptarán las normas de reparto de estos Juzgados con la finalidad de atribuir al Juzgado de guardia la competencia para el conocimiento de todas las faltas cuyo atestado o denuncia haya ingresado durante el servicio de guardia ordinaria.

En los casos en que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 965.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los Juzgados de Instrucción en servicio de guardia ordinaria deban realizar directamente los señalamientos para la celebración de juicio de faltas ante otros Juzgados de Instrucción del mismo partido judicial, por no corresponderles su enjuiciamiento, dicho señalamiento se realizará para días laborables y horas de audiencia, en la fecha más próxima posible dentro de las predeterminadas por los Juzgados de Instrucción.

4. De los protocolos de colaboración.

A los efectos de asegurar la efectividad de lo dispuesto en el Capítulo siguiente se establecerán protocolos de colaboración en el ámbito provincial en el seno de las Comisiones Provinciales de Policía Judicial. Asimismo, en el ámbito de los respectivos partidos judiciales, se podrán establecer protocolos de colaboración específicos entre Policía Judicial, Fiscalía y las respectivas Juntas de Jueces, representadas por el Juez Decano, posibilitando la incorporación a estos ámbitos de colaboración de los Colegios Profesionales de Abogados y Procuradores, Ministerio de Justicia y Comunidades Autónomas. Por último podrán establecerse protocolos en el ámbito de una Comunidad Autónoma, pudiéndose constituir Órganos que conformen igual representación.

## LEGISLACIÓN

Las Comisiones Provinciales de Policía Judicial serán oídas previamente al establecimiento de los criterios de señalamiento de vistas por la correspondiente Sala de Gobierno, e informarán a ésta de las incidencias y desajustes que se produjeran entre los señalamientos por los órganos judiciales del territorio y los criterios establecidos por la Sala de Gobierno.

5. De la Comisión Mixta de Juicios Rápidos.

En el ámbito de cada Comunidad Autónoma se constituirá una Comisión Mixta para el seguimiento de los Juicios Rápidos, integrada por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, en representación de la Sala de Gobierno, por un representante del Ministerio de Justicia y de la Comunidad Autónoma, un representante de la Fiscalía, un representante de los Colegios de Abogados y un representante de los Colegios de Procuradores.

Esta Comisión recabará y analizará los datos que le proporcionen los órganos judiciales sobre el número de procedimientos tramitados y celebrados como juicios rápidos, plazos de celebración, número de suspensiones y sus causas, e informará periódicamente al Consejo General del Poder Judicial a los efectos de lo previsto en el artículo 47.1.

6. De las medidas gubernativas complementarias.

Las Salas de Gobierno y las Juntas de Jueces en el ejercicio de sus normales atribuciones gubernativas y con sujeción a los términos del presente Reglamento podrán aprobar las normas complementarias que en materia de distribución de asuntos, régimen interno, cuadro de sustituciones u otras cuestiones de su competencia, estimen procedentes.

**COMENTARIO AL ACUERDO  
REGLAMENTARIO 1/2005, DE 27 DE ABRIL,  
DEL PLENO DEL CGPJ Y AL ACUERDO DEL  
PLENO DEL CGPJ DE 15 DE SEPTIEMBRE,  
POR EL QUE SE APRUEBA EL  
REGLAMENTO 1/2005, DE LOS ASPECTOS  
ACCESORIOS DE LAS ACTUACIONES  
JUDICIALES.**

El presente trabajo se ocupa de comentar el Acuerdo

Reglamentario y el Reglamento del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en relación con aspectos accesorios de las cuestiones judiciales, en concreto se ocupa de la organización del servicio de guardia<sup>81</sup>.

El sistema del servicio de guardia previsto reglamentariamente<sup>82</sup> ha tenido que adaptarse a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género<sup>83</sup>, que en su Exposición de Motivos manifiesta que se decanta por “una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, creando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los Jueces Civiles.”

La LO 1/2004 contempla la necesidad de su desarrollo reglamentario,<sup>84</sup> por lo que en primer lugar se aprueba el Real Decreto 233/2005, de 4 de marzo, mediante el que se dispone la Creación y Constitución de Juzgados de Violencia sobre la Mujer correspondientes a la Programación del Año 2005. El artículo 1, b) de este Real Decreto crea dieciséis Juzgados de nueva planta de Violencia sobre la Mujer. Además, en aquellos partidos judiciales que no se estime oportuno crear nuevos Juzgados de Violencia exclusivos por el volumen de trabajo existente, podrá corresponder el conocimiento de estos asuntos a los juzgados de instrucción o de primera instancia e instrucción, quienes compatibilizarán estas materias con las del resto de las del orden jurisdiccional penal o penal y civil.

En segundo lugar, se aprueba el Acuerdo Reglamentario 1/2005, de 27 de abril, del Pleno del CGPJ, que modifica los artículos 40 y 47 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, sobre los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales en lo relativo a los servicios de guardia. Según la nueva redacción del artículo 40 es objeto del servicio de guardia la realización de todo tipo de “actuaciones de carácter urgente o inaplazable de entre las que la Ley atribuye a los Juzgados de

<sup>81</sup> Como se sabe, el Pleno del CGPJ puede dictar reglamentos de desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Efectivamente, en virtud del artículo 110.2 de la LOPJ, conforme a la redacción otorgada a este precepto por la Ley Orgánica 19/2003: “El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de su competencia y con subordinación a las Leyes, podrá dictar reglamentos de desarrollo de esta Ley para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar. Estos Reglamentos podrán regular condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto judicial sin innovar aquéllos ni alterar éste en su conjunto. Podrán aprobarse [...] especialmente, en las siguientes materias: [...] ñ) Especialización de órganos judiciales, reparto de asuntos y ponencias y normas generales sobre prestación y desarrollo del servicio de guardia”.

<sup>82</sup> Con anterioridad, el servicio de guardia había sido regulado por el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, reformado posteriormente por el Acuerdo Reglamentario del Pleno del CGPJ, 2/2003, de 26 de febrero.

<sup>83</sup> BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

<sup>84</sup> La Disposición Final 4ª, apartado segundo, de la LO 1/2004 establece: “En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica el Consejo General del Poder Judicial dictará los reglamentos necesarios para la ordenación de los señalamientos, adecuación de los servicios de guardia a la existencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y coordinación de la Policía Judicial con los referidos Juzgados.”

## LEGISLACIÓN

Instrucción y a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, hasta el punto de que en determinados casos el Juez de Instrucción que se ocupe del servicio de guardia intervendrá sustituyendo al Juez de Violencia sobre la Mujer que corresponda. Por su parte, el artículo 47 del nuevo Reglamento se ocupa de la coordinación entre los Juzgados de guardia, Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la Policía Judicial a la hora de llevar a cabo las citaciones.

Pero los Juzgados de Violencia sobre la Mujer no realizan el servicio de guardia, y ello es así según la Presidenta del Observatorio contra la Violencia Doméstica, Montserrat Comas, porque cada uno de estos nuevos Juzgados cuenta con un solo titular. Por ello, el horario de atención al público será el horario de la función judicial, es decir, de lunes a viernes de 9.00 a 15.00 horas. Fuera de este horario, es decir, por las tardes y durante los fines de semana, será el juez de instrucción de guardia quien se ocupe de los supuestos de violencia de género y establezca las órdenes de protección hacia las víctimas y las detenciones del presunto agresor, tal y como dispone la Ley Orgánica de Medidas de Pro-

tección Integral contra la violencia de género.

Finalmente, el Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, reproduce en su artículo 42 el contenido del artículo 40 del Acuerdo Reglamentario 1/2005 del CGPJ que antes hemos mencionado. Asimismo, en su artículo 49 vuelve a reproducir el contenido del art. 47 del Acuerdo Reglamentario 1/2005.

En cualquier caso, tanto el sistema que organiza las guardias previsto en el Acuerdo Reglamentario 1/2005 y en el Reglamento 1/2005, como el número de Juzgados que deban prestarlo será revisado como máximo cada dos años por el Consejo General del Poder Judicial, por lo que en un futuro puede resultar que se incremente notablemente el número de Juzgados de Violencia sobre la Mujer y éstos puedan realizar el turno de guardia. (M<sup>a</sup> DOLORES MARTÍNEZ CUEVAS. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada).

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA PRIMERA) DE 10 DE MARZO DE 2005. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA<sup>85</sup>.

En el asunto C-196/02, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Eirinodikeio Athinon (Grecia), mediante resolución de 13 de mayo de 2002, recibida en el Tribunal de Justicia el 27 de mayo de 2002, en el procedimiento entre Vasiliki Nikoloudi y Organismos Tilepikoinonion Ellados AE, EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera), integrado por el Sr. P. Jann, Presidente de Sala, y los Sres. A. Rosas (Ponente), A. La Pergola, S. von Bahr y K. Schiemann, Jueces; Abogado General: Sra. C. Stix-Hackl; Secretario: Sr. R. Grass, ha dictado el 10 de marzo de 2005 una sentencia cuyo fallo es el siguiente:

1) El Derecho comunitario, en particular el artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE) y la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación directa por razón de sexo que perjudique a las mujeres la existencia y aplicación, en sí mismas, de una disposición como el artículo 24a, apartado 2, letra a), del Estatuto General del Organismos Tilepikoinonion Ellados, que reserva sólo a las trabajadoras del servicio de limpieza y, por tanto, únicamente a las mujeres, la contratación por tiempo indefinido para trabajar a tiempo parcial. No obstante, excluir, a continuación, la posibilidad de formar parte del personal estatutario haciendo referencia, de modo aparentemente neutro en cuanto al sexo del trabajador, a una categoría de trabajadores que, en virtud de una normativa nacional con fuerza de ley, esté integrada exclusivamente por mujeres, constituye una discriminación directa por razón de sexo en el sentido de la Directiva 76/207. Para que no exista discriminación directa por razón de sexo, el elemento característico de la categoría a la que pertenece el trabajador excluido debe poder situar a este trabajador en una situación objetivamente diferente, respecto a su integración en el personal estatutario, de la de quienes estén incluidos.

2) En el supuesto de que resulte errónea la premisa según

la cual sólo las trabajadoras a tiempo parcial del servicio de limpieza están excluidas de la posibilidad de formar parte del personal estatutario, y siempre que las disposiciones de los convenios colectivos de empresa de 27 de noviembre de 1987 y de 10 de mayo de 1991 afecten a un número muy superior de mujeres que de hombres, la exclusión que establecen respecto a la integración en el personal estatutario del personal laboral que trabaje a tiempo parcial constituye una discriminación indirecta. Semejante situación es contraria al artículo 3 de la Directiva 76/207, a menos que la diferencia de trato entre esos trabajadores y quienes trabajan a jornada completa se justifique por factores ajenos a toda discriminación por razón de sexo. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si es así en el caso del que conoce.

3) Cuando afecte a un número muy superior de trabajadoras que de trabajadores, la exclusión total del empleo a tiempo parcial en relación con el cálculo de la antigüedad constituye una discriminación indirecta por razón de sexo contraria a la Directiva 76/207, a menos que esta exclusión se explique por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si éste es el caso. Un cómputo proporcional del empleo a tiempo parcial, al realizar dicho cálculo, también es contrario a esta Directiva, a menos que el empresario pruebe que está justificado por factores cuya objetividad dependa, en particular, de la finalidad perseguida por la consideración de la antigüedad y, si se tratase de un reconocimiento de la experiencia adquirida, de la relación entre la naturaleza de la función desempeñada y la experiencia que el ejercicio de esta función proporciona después de un determinado número de horas de trabajo efectuadas.

4) Cuando un empleado alega que se ha vulnerado el principio de igualdad de trato en su perjuicio y presenta hechos que permiten presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, el Derecho comunitario, en particular la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, debe interpretarse en el sentido de que corresponde a la parte demandada probar que no se ha vulnerado dicho principio.

<sup>85</sup> DOCE C 106 de 30 de abril de 2005. Se publica parcialmente.

LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN SUPUESTOS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 10 DE MARZO DE 2005.

Objeto del presente comentario es la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, STJCE) de 10 de marzo de 2005, dictada por la Sala Primera de dicho órgano jurisdiccional<sup>86</sup>. En ella se resuelve una petición de decisión prejudicial suscitada en Grecia, con ocasión de un proceso judicial entre una trabajadora y el organismo nacional de las telecomunicaciones, que la había empleado desde 1978 a 1998. La resolución del litigio precisaba, a juicio del órgano jurisdiccional griego competente, la interpretación sobre las disposiciones de Derecho Comunitario recogidas en el artículo 119 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE) y en las Directivas de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso y realización del trabajo<sup>87</sup>.

De las cinco cuestiones prejudiciales planteadas, la quinta se centra en dilucidar a quién incumbe la carga de la prueba cuando un trabajador invoca la vulneración, en perjuicio suyo, del principio de igualdad de trato. Será a la respuesta del TJCE relativa a esta cuestión jurídica a la que ha prestarse atención, pues es objeto de controversias también en la práctica laboral española y ha merecido la correspondiente consideración de la legislación, jurisprudencia y doctrina<sup>88</sup>. No se tratan, por tanto, ahora las apreciaciones sobre las discriminaciones directa e indirecta por razón de sexo, que forman más extensamente parte de la resolución judicial.

Para conseguir una visión completa del problema planteado, ha de tenerse presente que los Estados miembros de la Unión Europea debían haber procedido a la adaptación de su derecho interno a la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo para el día 1 de enero de 2001<sup>89</sup>. Concretamente, el artículo 4 de esta norma comunitaria dispone

“que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato y presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presu-

mir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.

Es sabido que esta última Directiva normativizó una jurisprudencia existente con anterioridad, en virtud de la cual se había aceptado la inversión de la carga de la prueba, en el marco de la protección del principio de igualdad de retribución, cuando fuese necesario para mantener la eficacia de los medios de defensa a favor de trabajadores víctimas de discriminaciones aparentes. Además, la Directiva extendió expresamente esta posibilidad al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

La lectura de los apartados 70 a 72 de la STJCE aporta elementos suficientes para considerar el principio de inversión de la carga de la prueba, recogido en el mencionado artículo 4 de la Directiva, alegable directamente por los particulares en procesos judiciales en los Estados miembros de la Unión Europea frente a los empleadores. Esto conduce a mantener que, para el Derecho Comunitario, siempre que exista una discriminación aparente por razón de sexo, corresponderá al empresario probar que no se ha vulnerado la aplicación del principio de igualdad de trato. En esos casos, para la procedencia de esa inversión, la trabajadora simplemente está obligada a presentar hechos que permitan presumir la existencia de discriminación, bien sea directa, bien sea indirecta.

A formar esta posición del TJCE concurren, al menos, tres motivos. En primer lugar, se habilita al juez griego a examinar directamente la compatibilidad con lo preceptuado en la Directiva de los convenios colectivos de la empresa contratante. En segundo lugar, recuerda el Tribunal cómo dicha alegación directa sucede cuando las disposiciones contenidas en directivas sean, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas. Finalmente, la resolución judicial extrema las indicaciones para que el juez determine exactamente la naturaleza jurídica y, más importante aún, las circunstancias de organización interna, del organismo nacional de las telecomunicaciones y salvar, así, que se trate de otro particular, frente a quien no sería posible alegar directamente el contenido de una norma de estas características. (Antonio Javier Trujillo Pérez, Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga).

<sup>86</sup> La Sentencia fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DO) C 106, de 30.04.2005.

<sup>87</sup> Se trata, en concreto, de las Directivas 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52) y 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70).

<sup>88</sup> Como muestra de lo indicado, pueden verse CÁMARA VILLAR, G., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 5/2003, de 20 de enero” y CABELLO FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>. D., “Comentario a la STC 17/2003, de 30 de enero”, ambos en *Artículo 14. Una Perspectiva de género*, nº 12, mayo de 2003, pp. 25-29 y 35-6, y BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L., “El procedimiento preferente y sumario de defensa de los derechos fundamentales” en BALAGUER CALLEJÓN, F., *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2005, vol. II, pp. 308-311, especialmente p. 308.

<sup>89</sup> DO 1998, L 14, p. 6.

## AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 332/2005, DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2005. INADMISIÓN DE CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADA CONTRA EL ART. 153 DEL CÓDIGO PENAL.

### ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 14 de julio de 2004 tuvo entrada en el Registro General del Tribunal constitucional un escrito del Magistrado-Juez titular del Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia por el que se remite, junto al testimonio del Procedimiento Abreviado núm. 143/04, el Auto de 30 de junio de 2004 por el que se acuerda plantear ante este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 153 del Código penal en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, por su posible contradicción con el principio de legalidad y proporcionalidad de la sanción penal (arts. 1.1, 9.3, 10 y 25 CE).

SEGUNDO.- Los hechos que pueden ser relevantes en este proceso constitucional son los siguientes:

A raíz de una denuncia interpuesta por D<sup>a</sup> María Asunción contra su cónyuge, de quien se encontraba separada legalmente, D. Juan, por una agresión sufrida en el domicilio conyugal que compartían, se incoaron las Diligencias Urgentes núm. 15/2004 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Moncada (Valencia), mediante Auto de 13 de marzo de 2004.

Por Auto de 13 de marzo de 2004 se acordó el enjuiciamiento rápido del delito y, por otro Auto de la misma fecha, la apertura del juicio oral, por un presunto delito del art. 153 CP.

El Ministerio Fiscal formuló acusación contra el denunciado, al que imputa la comisión de un delito del art. 153 CP, interesando la imposición de una pena de ocho meses de prisión, junto a las accesorias legales de privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante dos años, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la condena en costas, al pago de una indemnización a la víctima de 50 euros por las lesiones sufridas y la prohibición de aproximarse a la víctima a menos de 1.000 metros y al domicilio de la misma durante el periodo de dos años.

En la primera de las conclusiones del Ministerio Fiscal se afirma que el acusado “sobre las 2,00 horas del día 13 de marzo de 2004, en el domicilio habitual sito en la “Urbanización S.” se dirigió hasta donde se encontraba su mujer María Asunción de la que se encuentra separado aunque siguen viviendo juntos en el mismo domicilio, diciéndole que por qué había cerrado la puerta de entrada, que era ‘una hija de puta’, tirándola contra la pared del cuarto de baño, cogiéndola de los brazos a la vez que le daba un rodillazo en el estómago, causándole lesiones consistentes en dolor en el

tórax y contusiones múltiples, que precisaron para su sanidad de una primera asistencia, previéndose por el médico forense que no estará incapacitada para el ejercicio de sus ocupaciones habituales ningún día, ni quedarán secuelas”. La acusación particular formuló acusación en los mismos términos que el Ministerio Fiscal. El imputado mostró su disconformidad con la acusación del Ministerio Fiscal, negando los hechos y solicitando la libre absolución.

El día 18 de mayo de 2004 el Juzgado dicta una providencia en la que se acuerda dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para que alegaran lo que estimaran oportuno sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 153 CP, por su posible contradicción con los arts. 1.1, 9.3, 10, 14 y 25 CE.

Entiende el órgano judicial que, en la redacción dada a este precepto por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, se están condenando conductas leves, antes tipificadas como faltas de lesiones, malos tratos o amenazas, criminalizándolas con desproporción manifiesta, lo que resulta contrario al principio de legalidad en su aspecto de proporcionalidad de las penas, y al principio de igualdad, al tratar de forma distinta ciertos supuestos delictivos por el hecho de que se cometan en el ámbito familiar.

La acusación particular manifestó su oposición al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, por considerar que no existe contradicción del art. 153 CP con los principios de legalidad, proporcionalidad e igualdad, destacando que el hecho de que la agresión se produzca en el ámbito doméstico y familiar introduce un factor diferencial que justifica el trato diferente y la mayor sanción.

La defensa del acusado, por su parte, informó favorablemente al planteamiento de la cuestión, haciendo suyos sustancialmente los argumentos del órgano judicial.

El Ministerio Fiscal estimó que no procedía el planteamiento de la cuestión. Rechaza el Fiscal, en primer lugar, la vulneración del art. 14 CE, porque “la previsión fáctica del precepto penal hace referencia a unas específicas relaciones familiares y afectivas que determinan una diferencia en su tratamiento por parte del ordenamiento jurídico y que ahora se reflejan en el ámbito punitivo”.

Por otra parte, y en relación a la posible vulneración del principio de proporcionalidad, destaca el Fiscal que la norma penal es idónea para la evitación de las conductas que se tipifican y necesaria ante el fracaso de la anterior configuración de estas conductas como faltas para prevenir su frecuente comisión, sin que pueda apreciarse un desequili-

## JURISPRUDENCIA • TC •

brio patente, excesivo e irrazonable, por lo que tampoco cabe apreciar tal vulneración.

TERCERO.- En el Auto de planteamiento de la cuestión el órgano judicial realiza, en síntesis, las siguientes consideraciones:

Comienza recordando el Magistrado proponente que la LO 11/03 modificó íntegramente el contenido del art. 153 CP, trasladando la antigua redacción del precepto al art. 173 CP y tipificando en el art. 153 CP la anterior falta de lesiones como delito, por lo que se deja sin contenido el art. 617 CP en lo relativo a la falta de lesiones o malos tratos entre familiares y se convierte en delito la acción tradicionalmente castigada como falta sobre la base de la especialidad del sujeto pasivo.

Las dudas sobre la constitucionalidad del precepto versan precisamente sobre el hecho de que la agravación de unas conductas tradicionalmente consideradas faltas o infracciones leves, y su consideración como delito, tenga como razón de ser la cualidad del sujeto pasivo, mientras que el mismo tipo de agresiones leves cometidas fuera del ámbito familiar siguen siendo castigadas como falta.

Reconociendo el loable fin al que responde tal reforma, dada la frecuencia de tales agresiones y la necesidad de prevenir la violencia doméstica, entiende el Magistrado-Juez proponente que tal fin debe alcanzarse desde el respeto a la Constitución, y tras descartar la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), entiende que podrían vulnerarse los arts. 9.3, 10 y 25 CE, por cuanto el principio de legalidad penal incorpora a su contenido la proporcionalidad de las sanciones penales, que no se respetaría en el presente caso, al castigarse como delito en aras de la cualidad de sujeto pasivo lo que constituye una falta, imponiendo una pena de prisión de tres meses a un año, frente a una pena de multa o arresto de fin de semana. Con cita de la STC 161/97, y fijando como criterio de valoración la existencia de un desequilibrio patente, excesivo e irrazonable entre el precepto penal y la sanción fijada por el legislador, se concluye que en el art. 153 CP, en la redacción dada al mismo por la LO 11/2003, existe una clara desproporción entre la norma penal y la magnitud de la pena de prisión impuesta (tres meses a un año), al ser ésta muy superior a la correspondiente a la misma conducta realizada sobre distinto sujeto pasivo.

En atención a todo lo expuesto el órgano judicial acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 153 CP, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, por su posible contradicción con los arts. 1.1, 9.3, 10 y 25 CE, pues se vulnera el "principio de legalidad y de proporcionalidad de la sanción penal en relación con la conducta tipificada en base a la cualidad del sujeto pasivo", justificando que de la validez del contenido de la norma depende el fallo en el hecho de que es en este precepto en el que el Ministerio Fiscal sustenta la acusación en sus conclusiones definitivas.

CUARTO.- Por providencia de 21 de junio de 2005 la Sección Primera de este Tribunal acordó oír al Fiscal General del Estado para que, de conformidad con lo previsto en el art. 37.1 LOTC, en el plazo de diez días alegara lo que tuviese por conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión, por si pudiera ser notoriamente infundada.

QUINTO.- Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 8 de julio de 2005 el Fiscal General del Estado formuló sus alegaciones, considerando que esta cuestión de inconstitucionalidad debe ser inadmitida por resultar notoriamente infundada.

El Fiscal General recuerda que el Pleno de este Tribunal, en su ATC 233/2004, de 7 de junio, ha inadmitido, por considerarla notoriamente infundada, una cuestión en la que igualmente se suscitaban dudas de inconstitucionalidad sobre el art. 153 CP, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 11/2003, por vulneración del principio de proporcionalidad de la pena. Y, tras reproducir el Fundamento Jurídico Séptimo de la citada resolución, concluye que la presente cuestión ha de ser igualmente inadmitida por las mismas razones.

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 153 del Código penal, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, cuyo tenor literal es el siguiente:

"El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho de tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza".

Son ofendidos o sujetos pasivos del delito, en virtud de la remisión que en el precepto legal cuestionado se hace al art. 173.2 CP, "...quien sea o haya sido su cónyuge (del agresor) o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o (...) los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza,

adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o (...) los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o (...) persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como (...) las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados...”.

A juicio del órgano judicial el precepto transcrito vulnera el principio de legalidad y proporcionalidad de la sanción penal (arts. 1.1, 9.3, 10 y 25 CE). Según se sostiene en el Auto de planteamiento, el principio de legalidad penal incorpora a su contenido la proporcionalidad de las sanciones penales, que no se respetaría en el presente caso, al castigarse como delito en aras de la cualidad del sujeto pasivo lo que constituye una falta, imponiendo una pena de prisión de tres meses a un año, que entiende claramente desproporcionada al ser muy superior a la correspondiente a la misma conducta realizada sobre distinto sujeto pasivo, tipificada en el art. 617 CP y castigada como falta con una pena de multa o arresto de fin de semana .

El Fiscal General del Estado interesa la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por considerarla sustancialmente idéntica a la inadmitida por ATC 233/2004, de 7 de junio y, al igual que aquella, notoriamente infundada.

SEGUNDO.- Conforme a lo establecido en el art. 37.1 LOTC este Tribunal puede rechazar en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que fueran notoriamente infundadas.

Conviene recordar que es doctrina constitucional reiterada que la expresión “cuestión notoriamente infundada” “encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad” (AATC 165/2001, de 19 de junio, FJ 2; 194/2001 de 4 de julio, FJ 1, 76/2004, de 9 de marzo, FJ 3, entre otros muchos).

También debe ponerse de relieve que este Tribunal ha considerado notoriamente infundadas, no sólo las cuestiones de inconstitucionalidad que carecen de toda motivación, sino también aquellas en las que el órgano judicial ha efectuado una interpretación del precepto legal cuestionado arbitraria o irrazonable o simplemente que se aparta de la comúnmente realizada por los Tribunales de Justicia, así como las que el Tribunal considera a limine inviables.

Como ha señalado el ATC 165/2001 “existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria” y en tales supuestos el Tribunal ha entendido que puede resultar conveniente resolver la

cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables, como la paralización de múltiples procesos en los que resulte aplicable la norma cuestionada (en el mismo sentido ATC 389/1990, de 29 de octubre, FJ 1; 134/1995, de 9 de mayo, FJ 2; 380/1996, de 17 de diciembre, FJ. 2; 229/1999, de 28 de septiembre FJ. 2; 119/2000, de 10 de mayo FJ. 2; 311/2000, de 19 de diciembre, FJ. 3; 46/2001, de 27 de febrero, FJ. 2; y 47/2001, de 27 de febrero, FJ. 3, 76/2004, de 9 marzo, FJ 3).

Esto es lo que sucede en el presente caso, en el que la falta de viabilidad de la cuestión suscitada puede apreciarse en este examen preliminar, al poder concluirse sin mayor esfuerzo argumental que la norma impugnada no incurre en la inconstitucionalidad en la que el órgano judicial fundamenta su duda (ATC 289/1999, de 30 de noviembre, FJ 3, entre otros muchos).

TERCERO.- La presente cuestión es sustancialmente coincidente -como ha puesto de relieve el Fiscal General del Estado- con la CI 458/2004, inadmitida por ser notoriamente infundada por Auto de este Tribunal 233/2004, de 7 de junio, en la que se planteaba igualmente la posible inconstitucionalidad del art. 153 CP en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 11/2003 por vulneración del principio de proporcionalidad de las penas, en conexión con el art. 25.1 CE. Ciertamente existen diferencias de planteamiento entre ambas, pues en la CI 458/2004 el órgano judicial cuestionaba la necesidad y proporcionalidad de la pena privativa de libertad para el castigo de conductas que en la regulación anterior (art. 617 CP) eran consideradas faltas cuando se produjeran en el ámbito doméstico y en atención a la relación especial existente entre los sujetos pasivos y el agresor -planteamiento coincidente con el de la actual cuestión-, pero centrándose fundamentalmente en lo que denominaba “malos tratos de carácter venial cometidos en las relaciones familiares”, esto es, en los supuestos de malos tratos más leves o que no causan lesiones, que constituyen sólo algunas de las conductas tipificadas en el art. 153 CP, las menos graves.

Por el contrario el planteamiento de la actual cuestión no establece diferencias entre las diversas modalidades típicas, cuestionando con carácter general la proporcionalidad de la sanción de conductas que en la regulación anterior eran constitutivas de meras faltas y en la dada por la LO 11/2003 pasan a constituir delito en atención al ámbito doméstico en el que se producen y a la cualidad del sujeto pasivo.

No obstante tales diferencias de planteamiento la respuesta dada en aquel caso resulta aplicable a éste, puesto que habiendo declarado este Tribunal que, ni siquiera en los supuestos menos graves de los contemplados en el art. 153 CP, puede apreciarse la denunciada vulneración del principio de proporcionalidad de las sanciones penales, menos aún podrá predicarse la desproporción de la sanción respecto del resto las conductas, las más graves, dado que todas ellas se sancionan con la misma pena.

## JURISPRUDENCIA • TC •

En definitiva, del razonamiento de este Tribunal en el ATC 233/2004 puede concluirse que la duda acerca de la constitucionalidad del citado precepto en cuanto a la vulneración del principio de proporcionalidad de la sanción ha quedado resuelta respecto de todas las modalidades típicas.

CUARTO.- El ATC 233/2004, de 7 de junio, acuerda la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad 458/2004, por ser notoriamente infundada, con la siguiente fundamentación jurídica:

“3. En la determinación de la viabilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad en cuanto al tema de fondo suscitado es necesario traer a colación la doctrina constitucional sobre el principio de proporcionalidad de las penas, recogida principalmente y en toda su extensión en las SSTC 55/1996, de 8 de marzo (FF JJ 6 a 9); 161/1997, de 2 de octubre (FF JJ 8 a 13), y 136/1999, de 20 de julio (FF JJ 22 a 30).

a) El principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales, de modo que si se aduce la existencia de desproporción debe alegarse primero, y enjuiciarse después, en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados.

En este sentido este Tribunal tiene declarado en las referidas Sentencias que es el de los derechos fundamentales el ámbito en el que normalmente y de forma particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad y, más concretamente, que en materia penal el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos que la Constitución garantiza puede producirse, bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal, o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito.

En este caso en el que el órgano judicial proponente lo que plantea es la posible desproporción de la extensión de la pena de privación de libertad en relación con algunas de las figuras delictivas que se tipifican en el precepto legal cuestionado, es evidente, frente a la cita que se hace en el Auto de planteamiento de los preceptos constitucionales supuestamente infringidos, que la pretendida desproporción afecta, como precisa también el Fiscal General del Estado, al art. 25.1, en relación con el derecho a la libertad personal recogido en el art. 17, ambos CE.

b) El juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado debe partir en esta sede constitucional de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo.

En el ejercicio de esta potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad, que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que ha de atender, no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera, y que podrían catalogarse como funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la combinación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma –intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.–, y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial.

Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena.

El juicio que procede en esta sede, en protección de los derechos fundamentales, debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca “un patente derroche inútil de coacción que convierte a la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho” (STC 55/1996, FJ 8), o una “actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona” (STC 55/1996, FJ 9) y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales de la misma.

“Lejos (pues) de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma” (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, FJ 23).

Expresado en síntesis, cabe afirmar la proporcionalidad de una sanción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución. La pena además habrá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada.

En suma, para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos o mediatos de protección de la misma son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes.

En segundo lugar deberá indagarse si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto cuestionado. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena.

Desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesaria, cuando “a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador.

Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa” (SSTC 55/1996, FF JJ 8 y 9; 136/1999, FJ 23).

4. A la luz de la doctrina constitucional expuesta ha de examinarse la duda de constitucionalidad que al órgano judicial le suscita el art. 153 CP en la redacción vigente dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Como se indica en su exposición de motivos, con el art. 153, junto con otros preceptos también objeto de la mencionada reforma, el legislador ha pretendido afrontar y combatir el fenómeno de la violencia doméstica, que “tiene un alcance ciertamente pluridisciplinar” y “es preciso abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas incentivadoras de la investigación, y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de esos delitos”.

Al respecto, los delitos relacionados con la violencia doméstica son objeto de preferente atención en la citada reforma legislativa, a fin de que “el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos”, para lo

cual se incrementa “de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que pueden afectar al bien jurídico protegido”.

En concreto, en el art. 153 CP el legislador ha procedido a incluir en él “las conductas consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, (que) cuando se cometan en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas” (exposición de motivos III).

En otras palabras, con la vigente redacción del art. 153 CP el legislador ha elevado a la categoría de delito conductas contempladas como faltas en la regulación anterior del Código penal (art. 617) cuando se cometan contra alguna de las personas que se citan en el art. 173.2 CP, elevándose también, en consecuencia, la sanción a imponer en atención al ámbito doméstico en el que aquellas conductas se producen; esto es, al círculo o relación especial que existe entre los sujetos pasivos y el agresor.

5. El órgano judicial proponente en ningún momento cuestiona en el Auto de planteamiento la relevancia social ni la entidad constitucional de los bienes o intereses que el precepto examinado pretende proteger, así como tampoco la idoneidad de las sanciones previstas, sino únicamente y en relación con determinadas figuras delictivas tipificadas en el precepto la necesidad de la pena de privación de libertad y su proporcionalidad en sentido estricto.

Aunque la duda de constitucionalidad se contrae a los aspectos indicados, no puede dejar de resaltarse desde nuestro específico control de constitucionalidad, ante el problema social de primera magnitud que en nuestro país representa la violencia doméstica, la relevancia social de los bienes o intereses que el precepto pretende proteger, constituidos no sólo por la libertad y la integridad psíquica y física de la víctima, sino también por la pacífica convivencia doméstica, así como su directa y estrecha conexión con principios y derechos constitucionales, como la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), o, también entre otros, la protección de la familia (art. 39). Asimismo tampoco cabe dudar de la idoneidad de las sanciones previstas en el precepto cuestionado, al tratarse de medidas que con toda seguridad pueden contribuir a evitar, como con ellas y en especial con la pena de prisión ha pretendido el legislador según ha quedado explicitado en la exposición de motivos de la Ley, la realización de actos de violencia doméstica, persiguiendo en lo posible su erradicación, y a alcanzar y asegurar la mejor y más adecuada protección de las víctimas y una pacífica convivencia en el ámbito doméstico.

6. El órgano judicial proponente cuestiona, en primer término, como ya se ha indicado, la necesidad de la pena de prisión en relación con algunas de las conductas delictivas tipificadas en el precepto legal, al considerar que existen medios alternativos suficientes para la consecución de la fi-

nalidad perseguida por el legislador de castigar el ilícito y pacificar las relaciones entre los sujetos descritos en la norma, al margen de la pena privativa de libertad.

Ha de recordarse al respecto que el control de constitucionalidad sobre la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero con la misma eficacia tiene un alcance y una intensidad muy limitados, so pena de arrogarse este Tribunal un papel de legislador imaginario que no le corresponde, y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido, de modo que sólo si a la luz de un razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de las sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo del derecho para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento. Por ello desde la perspectiva que ahora nos ocupa la tacha o el reproche de desproporcionalidad sólo será aplicable cuando las medidas alternativas sean palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critica por desproporcionada (SSTC 55/1996, FJ 8; 161/1997, FJ 11; 136/1999, FJ 28).

Para rechazar en el extremo que ahora nos ocupa la duda de constitucionalidad del órgano judicial basta con reparar, en primer término, y como pone de manifiesto el Fiscal General del Estado, en que al respecto el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se muestra huérfano de todo razonamiento, pues ni siquiera se indica o menciona en aquél medida alternativa alguna a la pena de prisión prevista por el legislador, ni nada se argumenta, por tanto, sobre la existencia de medida de menor intensidad y de una funcionalidad similar a la legalmente establecida; en segundo lugar, que la pena de prisión no es la única que como pena principal se recoge en el precepto legal cuestionado, sino que, por el contrario, como permite apreciar su lectura, tiene como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad, de modo que en ningún caso la pena de prisión es de imposición obligatoria; y, en tercer lugar, que las conductas que se sancionan en el precepto en ningún caso constituyen ni resultan amparadas por el ejercicio legítimo de algún derecho proclamado en la CE, de modo que “no estamos ante un ámbito tutelado por esos derechos fundamentales y, en consecuencia, la protección frente a sacrificios innecesarios o excesivos es sin duda menor” (STC 136/1999, FJ 28). La concurrencia de las circunstancias expresadas, junto a la importancia de los bienes e intereses que pretende tutelar el precepto penal cuestionado y al control de constitucionalidad reservado a este Tribunal en este ámbito, conducen a concluir que no puede prosperar la duda de constitucionalidad del órgano judicial pro-

motor de la cuestión de inconstitucionalidad en el sentido de considerar que la pena de prisión prevista por el legislador resulte innecesaria.

7. Por último el órgano judicial estima desproporcionada en su extensión o duración la pena de prisión de nueve meses a un año prevista en el precepto cuestionado para los malos tratos domésticos que califica de carácter venial o que no causan lesiones, cuando los mismos tengan lugar en el domicilio común del agresor y de la víctima, en el de ésta o en presencia de menores.

El juicio estricto de proporcionalidad, que es el aspecto ahora cuestionado, es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir –y, en general, los beneficios que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales– y la gravedad de la pena que se impone –y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales– (STC 136/1999, FJ 29). Juicio, hemos de recordar una vez más, que corresponde al legislador en el ejercicio de su actividad normativa, que se rige, por lo demás, a la hora de delimitar el marco abstracto de la pena que se establece para un determinado tipo delictivo, por una multiplicidad de criterios que debe conjugar.

No obstante, esa relación de proporcionalidad en ningún caso puede sobrepasar el punto de lesionar el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona. Sólo el enjuiciamiento de la no concurrencia de ese desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma compete en este punto a este Tribunal en su labor de supervisar que la misma no desborda el marco constitucional, debiendo partirse para su realización de pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa (STC 55/1996, FJ 9).

Pues bien, para rechazar también en este aspecto la duda de constitucionalidad del órgano proponente es suficiente con poner de manifiesto, en primer término, la falta de un mínimo razonamiento o argumentación en el Auto de planteamiento de la cuestión que sirva de sustento a la apodíctica afirmación de que la pena de prisión prevista puede resultar desproporcionada en su extensión, así como, en segundo lugar, y como ya se ha indicado, que la pena de prisión no es la única que como pena principal se prevé en el precepto legal cuestionado, sino que, por el contrario, como permite apreciar su lectura, tiene como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad, de modo que en ningún caso la pena de prisión es de imposición obligatoria. Ambas circunstancias, unidas a los importantes bienes e intereses protegidos por el precepto legal cuestionado, y a pesar de la indudable severidad sancionadora que puede suponer cuando se imponga la pena de prisión, no permiten apreciar en este caso un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre el desvalor de la conducta y la sanción,

que conduzca a afirmar la infracción constitucional que asevera el órgano judicial.

Al alcanzar esta conclusión, en modo alguno puede obviarse que la dimensión que el fenómeno social de la violencia doméstica reviste actualmente en nuestro país ha obligado al legislador a reformar la legislación penal, al objeto de incluir y tipificar como delito, como se indica explícitamente en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, “todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido” por el tipo penal, de modo que no quedaran fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de conducta violenta en el ámbito doméstico.

Tal respuesta penológica, como señala el Fiscal General del Estado, no sólo no se aparta de los valores constitucionalmente tutelados por la norma, sino que persigue una mayor y más eficaz protección de los mismos ante la envergadura que en nuestra sociedad ha adquirido la violencia doméstica y la percepción social de la escasa respuesta punitiva existente ante dicho fenómeno y, por consiguiente, de la insuficiente protección conferida a las víctimas. Pero además el legislador ha combinado esta ampliación con la puesta a disposición del órgano judicial de resortes necesarios, como lo es la alternativa entre la pena prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad, a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de esas conductas de violencia doméstica; esto es, para atemperar la sanción penal a la entidad de las conductas de violencia doméstica, que si bien en unas ocasiones pueden revestir menor trascendencia que en otras en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes”.

QUINTO.- Del mismo modo, en la presente cuestión, frente a la apodíctica afirmación del órgano judicial de que existe un desequilibrio patente, excesivo e irrazonable entre las conductas tipificadas en el art. 153 CP y la sanción impuesta, utilizando como único argumento el hecho de que tales conductas fueran constitutivas de falta y tuvieran una pena sensiblemente menor en la anterior regulación, y de que sigan siendo constitutivas de faltas actualmente cuando se producen fuera del ámbito familiar, resultan oponibles las razones expuestas: a la vista de la relevancia social y la entidad constitucional de los bienes jurídicos que el precepto tutela y de la idoneidad de las sanciones en él previstas para prevenir tales conductas (nada de lo cual se cuestiona tampoco en el presente caso), y ante la inexistencia de medidas alternativas de menor intensidad coactiva, pero igualmente eficaces para conseguir la finalidad legítimamente deseada por el legislador (respecto de lo cual el órgano judicial no menciona medida alguna, limitándose a referirse a la antigua regulación, que la práctica ha demostrado palmariamente ineficaz, a la vista de las dimensiones que el fenómeno de la violencia doméstica ha alcanzado en los últimos años, como se reconoce en el Auto de planteamiento), ha de concluirse que la tipificación de tales conductas como delitos, estableciendo como sanción principal

a las mismas no sólo la pena de prisión, sino como alternativa a ella la de trabajos en beneficio de la comunidad (lo que permite atemperar la sanción penal a la gravedad de la conducta), no vulnera el principio de proporcionalidad, al no poder constatarse un desequilibrio patente y excesivo entre el desvalor de la conducta y la sanción impuesta.

Por todo lo expuesto, el Pleno del Tribunal

#### PARTE DISPOSITIVA

Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad por ser notoriamente infundada.

Así lo pronunciaron, mandaron y firmaron. María Emilia Casas Baamonde.- Guillermo Jiménez Sánchez.- Javier Delgado Barrio.- Elisa Pérez Vera.- Roberto García-Calvo y Montiel.- Eugeni Gay Montalvo.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps.

#### COMENTARIO AL AUTO 332/2005 DEL TC ACERCA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 153 DEL CODIGO PENAL.

El auto 332/2005, del TC declara inadmisibles las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por un juez de Valencia, respecto del art. 153 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

El juez, en el planteamiento de la cuestión hace referencia al art. 1.1, al art. 9,3, 10 y 25 de la Constitución Española, lo que en contraste con el art. 135 CP haría inconstitucional esta norma por desproporcionada y contraria al principio de legalidad. En la providencia en la que el juez da audiencia a las partes, para ser oídas, en relación con el planteamiento de la cuestión, hace referencia también al art. 14 de la Constitución, pero en el auto del planteamiento ya no se hace referencia a este artículo. Lo que determinará en buena medida el contenido del auto del TC que se reduce a la cuestión de la proporcionalidad, sin tener que pronunciarse acerca del juicio de igualdad de esta norma en relación con la posibilidad de discriminación en relación con el sujeto pasivo del delito. Ahí se ha perdido una oportunidad de que el TC pudiera haber entrado a dirimir acerca de si el art. 153 es inconstitucional por discriminación en función del sujeto pasivo, aunque como tendremos ocasión de ver, a través del juicio de proporcionalidad, puede de forma indirecta abordarse esta cuestión.

Plantea el juez la cuestión de inconstitucionalidad del art. 153 del CP en función de la desproporción que supone la calificación de delito de una conducta que cuando se dirige hacia un tercero es solamente falta, y que se cambia de calificación cuando ese tercero está unido por específicas relaciones familiares y afectivas.

## JURISPRUDENCIA • TC •

La calificación de las conductas desde el punto de vista penal, en función del sujeto pasivo, no se da solamente en este tipo, ni siquiera es propia de estos tiempos. Todos los códigos penales han conocido y conocen, diferente regulación y calificación, de diferentes conductas y tipos penales, en función, de quiénes cometen el delito o falta, y en función de contra quién se comete ese delito o esa falta. Por tanto, el sujeto activo y el sujeto pasivo de la conducta, cualifican en determinadas circunstancias, esas conductas. Los delitos no dependen en sí mismos de las conductas de los sujetos, sino muy fundamentalmente, de cuál es el bien jurídico que se protege en uno y otro caso. Así, cuándo el bien jurídico que se protege es la necesaria confianza que ha de tener el dueño de la casa respecto del servicio doméstico, un tipo penal castiga la conducta del que divulga información de la vida privada por razón de relación laboral, (art. 199), o el abogado que revela un secreto profesional de su cliente. (art. 467 CP).

Igual ocurre cuando se acosa sexualmente a una empleada en el centro del trabajo. No se protege el mismo bien jurídico cuándo se castiga al empresario que acosa sexualmente a una empleada, que esa misma conducta efectuada por un particular a las puertas de un night club o en una casa de citas. Lo que determina la diferencia es el bien jurídico protegido en uno y otro caso.

Igualmente, en el supuesto de amenazas o malos tratos prodigados a persona con la que une relación afectiva o de convivencia, esa conducta es cualitativamente distinta de la que cabe en una relación social en que los sujetos no mantienen relación alguna. La integridad física y moral contenida en el art. 15 de la Constitución, no sufre el mismo ataque cuándo se reconoce que los malos tratos a mujeres están arraigados en una concepción social que ha situado a la mujer históricamente en una situación de inferioridad, y

que la conducta del sujeto activo parte de esa consideración de desprecio de sexo.

La diferente calificación de falta o de delito viene impuesta por esa diferencia previa entre el bien jurídico protegido, que en el caso del art. 617 CP castiga con pena de multa o arresto de fin de semana al que causare lesiones que no son delito, o maltratarse de palabra.

Y en el caso del art. 153 castiga con pena de tres meses a un año de prisión a los que lleven a cabo esa conducta si son cónyuges o están en relación de afectividad o convivencia con el sujeto pasivo. El bien jurídico protegido aquí es el necesario respeto a la dignidad de la mujer y a su integridad física y moral, en una sociedad en la que por el dominio de los valores machistas, y hasta tanto se consiga la plena igualdad de la mujer, ha de protegerse de la violencia de género.

El razonamiento de este auto es importante en cuánto al trascendencia que pueda tener para la resolución de aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que se han planteado en relación con la actual redacción de esta norma en la LO 1/2004, de erradicación para la violencia de género. Ha sido importante la constestación de esta ley por sectores del mundo jurídico, respecto de la discriminación en que pudiera haber incurrido en este tipo penal, en función del sujeto pasivo. El propio Consejo General del Poder Judicial se ha expresado en ese sentido. Y hay en este momento dos cuestiones de inconstitucionalidad presentadas respecto de su inconstitucionalidad por contradicción con los arts. 14 y 24 de la Constitución. Por lo tanto, el TC cuándo resuelva sobre estas dos cuestiones, seguramente tendrá en cuenta su propia doctrina contenida en este auto. (MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN. Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2005.

### IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA ALDEASA S.A EN MATERIA DEL PERMISO DE LACTANCIA DE LAS TRABAJADORAS.

[...]

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Dirección General de Trabajo formuló ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, demanda sobre Impugnación de Convenio, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare:

“que el artículo 41, apartado D) “Lactancia”, del convenio colectivo de la empresa “A., S.A.” conculca la legalidad vigente”.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose las demandas comparecidas, según consta en acta. Y recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 29 de marzo de 2004, se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, cuya parte dispositiva dice:

“En atención a todo lo expuesto la Sala acuerda desestimar la impugnación de oficio del art. 41.d) del Convenio Colectivo de la empresa “A., S.A.” para los años 2003-2006 articulada por la Dirección General de Trabajo, declarando la conformidad a Derecho de dicha norma.”.

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

“Primero El art. 41.d) del Convenio Colectivo de “A., S.A.” para los años 2003 a 2006 establece:

“Lactancia. Las horas establecidas como permiso para la lactancia podrán acumularse mediante el disfrute de un mes de permiso retribuido, o la proporción que corresponda en función del periodo de alta de la madre con posterioridad al parto, hasta que el hijo cumpla nueve meses”.

Segundo.- En los Convenios Colectivos suscritos desde 1995 se ha venido estableciendo que las horas establecidas como permiso de lactancia podrían acumularse mediante el disfrute de un mes de permiso retribuido. No consta que con anterioridad a la vigencia del Convenio impugnado la Dirección General de Trabajo haya formulado comunicación de oficio solicitando que fuese declarada la ilegalidad de tal norma.

Tercero.- En el período de tiempo que va desde 1999 hasta la fecha un total de 149 trabajadoras han solicitado la acumulación del permiso para su disfrute en un mes. Por el contrario trabajadoras han optado por disfrutar del permiso sin acumularlo.”

QUINTO.- Preparado el recurso de Casación por el Abogado del Estado, formalizado ante esta Sala, mediante escrito de fecha 21 de junio de 2004; en él se consignan los siguientes Motivos:

Único.- Al amparo del apartado e) del artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral por “infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”, en relación con los arts. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores y 3.1 del Código Civil.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación a las partes recurridas personadas, y emitido el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de declarar improcedente el recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose día para la votación y fallo, que ha tenido lugar el 8 de junio de 2005.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión litigiosa se concreta en determinar si el artículo 41.d) del Convenio Colectivo de “A., S.A.” para los años 2002 y 2003 al establecer la posibilidad de acumular las horas del permiso de lactancia mediante el disfrute del permiso de un mes retribuido se opone a lo dispuesto en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET). El mencionado precepto convencional preceptúa literalmente:

“Lactancia: las horas establecidas como permiso para la lactancia podrán acumularse mediante el disfrute de un mes de permiso retribuido, o la proporción que corresponda en función del periodo de alta de la madre con posterioridad al parto, hasta que el hijo cumpla nueve meses”.

2.- La Dirección General del Trabajo, antes demandante de oficio y, ahora, recurrente, ha pretendido la nulidad de la norma paccionada con fundamento principal en que (hecho 2 de la demanda) “la posibilidad que se establece de acumular las horas de permiso por lactancia para su disfrute como un mes ... al no estar contemplado en el artículo 37, números 4 y 6 del Estatuto de los Trabajadores, supone alterar la finalidad que se persigue con el derecho contemplado en este artículo del Estatuto de los Trabajadores, y que no es otra que dar una asistencia continuada de los padres al hijo recién nacido durante sus primeros meses de vida”.

3.- La sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en fecha 29 de marzo de 2004, ha desestimado la pretensión actora, razonando en síntesis, que:

## JURISPRUDENCIA • TS •

a) citando al efecto la STS de 19 de junio de 1989, “en la actualidad se concreta el permiso como un mecanismo legal que capacita al hijo a gozar de la atención que precisa por cualquiera de sus progenitores desde su nacimiento, superándose la vinculación necesaria o exclusiva con el deber de lactancia”.

b) la norma colectiva lo que permite “es que los padres opten, si lo consideran mejor para el cuidado de sus hijos, por acumular los permisos y obtener el disfrute de un mes retribuido ..... ampliando las posibilidades que el Estatuto concede a los trabajadores”.

SEGUNDO.- La Abogacía del Estado, en la representación que ostenta, ha interpuesto el presente recurso de casación, frente a la mencionada sentencia, por el único motivo, que ampara en el artículo 205 e) de la L.P.L., de infracción de “los artículos 37.4 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante E.T.) y 3.1 del Código Civil”. En la fundamentación del recurso, insiste la parte recurrente en que el Convenio Colectivo “lejos de mejorar la prestación de la relación laboral supone una conculcación de un bien jurídico protegido diferente, cual la atención y cuidado continuado de los hijos menores de nueve meses”. El motivo, como igualmente dictamina el Ministerio Fiscal, debe ser rechazado en virtud de las siguientes consideraciones:

1.- La posibilidad establecida en el artículo 41.d) del convenio colectivo -así lo han afirmado las partes firmantes del Convenio en los escritos presentados ante la Dirección General del Trabajo- constituye una facultad otorgada al progenitor que no supone renuncia a derecho alguno y que no se opone, sino que cumple con la finalidad prevista por los artículos 37.4 y 6 ET.

Ello es así, porque conforme a la realidad social del momento en que ha de ser aplicada la ley (artículo 3 del Código Civil) constituye un hecho notorio que en la sociedad actual y en un entorno urbano que obliga a la inversión de considerable tiempo en los desplazamientos -máxime en un supuesto como el de “A., S.A.”, en el que la mayor parte de los trabajadores prestan sus servicios en aeropuertos, cuya sede está lejos de los domicilios urbanos-, la ausencia del trabajo, en dos fracciones de media hora, constituye un derecho prácticamente inejercitable para el fin previsto, ya que en la mayor parte de los casos el tiempo invertido en los desplazamientos del centro de trabajo al domicilio es superior al tiempo de interrupción de la jornada laboral.

De otra parte, es evidente que la asistencia que se puede dar al hijo durante la media hora de disminución de la jornada es sensiblemente menor a la que reconoce la norma paccionada, que alcanza a un mes completo sin obligaciones laborales. Es sintomático, al efecto (hecho probado tercero) que trabajadores de “A., S.A.” han optado por ejercitar de esta forma el permiso de lactancia en forma mayoritaria.

2.- El art. 37 ET es un precepto de derecho necesario relativo, que puede ser mejorado por norma convencional, tal como de forma constante sostiene un sólido criterio jurisprudencial.

En este sentido, el permiso de lactancia regulado en el repetido precepto estatutario, es susceptible de admitir la mejora en el convenio y esto es, lo que han hecho las partes firmantes del convenio colectivo impugnado, en el uso y ejercicio legítimo de su autonomía colectiva, al permitir que el titular del derecho pueda voluntariamente optar por la acumulación de los permisos si, como consecuencia de sus necesidades, dicha acumulación garantiza mejor la protección y atención del recién nacido, que es precisamente la finalidad que persigue el artículo 37 E.T.

3.- No es de aceptar la tesis de la parte recurrente expresiva de que la norma paccionada altera, desvirtúa y desnaturaliza el régimen jurídico del permiso de lactancia, ya que, en primer término, la regulación legal se mantiene en su integridad y plenitud y por lo tanto difícilmente se puede hablar de alteración o desvirtuación de lo que permanece, de modo que la aplicación o no de la norma estatutaria dependerá de la opción que ejerciten los trabajadores.

Lo que hace el convenio es permitir una opción personal de mejora -nunca una imposición- que sin contrariar la vigencia plena de la norma, permite a aquellos trabajadores que -atendiendo a razones personales de cualquier índole- consideren que su derecho queda más protegido y la finalidad de la norma más garantizada con la acumulación de los permisos de lactancia.

En definitiva, como mantiene la sentencia recurrida, el precepto convencional no destruye, ni limita el derecho debatido, concebido siempre en atención y cuidado del menor, sino que, por el contrario, viene a ampliar, mejorando, la posibilidad de que, en los términos de la opción, los padres elijan lo que consideren más favorable para el cuidado de sus hijos.

TERCERO.- En virtud de lo expuesto procede desestimar el presente recurso. Sin imposición de costas a tenor de lo dispuesto en el artículo 233.2 L.P.L.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

**FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación de la Dirección General de Trabajo, contra la sentencia dictada en fecha 29 de marzo de 2004, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el proceso de Conflicto Colectivo núm. 217/2003. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

**COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL) DE 20 DE JUNIO DEL 2005. IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA ALDEASA S.A POR PARTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL TRABAJO EN MATERIA DEL PERMISO DE LACTANCIA DE LAS TRABAJADORAS.**

La Dirección General del Trabajo formuló ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional demanda sobre impugnación de Convenio, en cuanto a la conculcación de la legalidad vigente del art. 41.d) "Lactancia".

El art. 41.d) del Convenio de Aldeasa para los años 2003-2006 establece: "lactancia. Las horas establecidas como permiso para la lactancia podrán acumularse mediante el disfrute de un mes de permiso retribuido, o la proporción que corresponda en función del período de alta de la madre con posterioridad al parto, hasta que su hijo cumpla nueve meses".

Los argumentos que motivaron el recurso de casación por parte del abogado del Estado fueron al amparo del art. 205.e) de la Ley de Procedimiento laboral (RCL 1995/1144,1563) por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate", también al amparo de los arts. 37.4 del Estatuto de los trabajadores (RCL 1995/997) "Descanso semanal, fiestas, y permisos:...4. las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrá derecho a una hora de ausencia en el trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen....".

Y a su vez al amparo del art. 3.1 del Código Civil (LEG 1889/27) que versa "Las normas se interpretarán según sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. 2. La equidad habrá de ponerse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita".

Desde mi más humilde punto de vista, sólo y únicamente con estos argumentos, sin necesidad de utilizar los fundamentos de derecho que la sentencia del Tribunal a mencionado para desestimar el recurso de casación interpuesto, serían también idóneos para fallar en el mismo sentido que el tribunal.

Me explico, la cuestión litigiosa se concreta en determinar si el art. 41.d) del convenio impugnado sobre la posibilidad

de acumular las horas del permiso de lactancia mediante el disfrute del permiso de un mes retribuido, se opone o no a lo dispuesto al art. 37.4 del Estatuto de los trabajadores.

Pues bien, a parte de que la jurisprudencia ya establece, que en la actualidad el permiso se concreta en un mecanismo legal que capacita al hijo a gozar de la atención que precisa por cualquiera de sus progenitores desde su nacimiento, superándose la vinculación necesaria o exclusiva con el deber de lactancia, en definitiva lo que esta norma permite es la opción por parte de los padres de acumular dichos permisos y obtener un disfrute retribuido y ampliado.

Por tanto dicho convenio en ningún momento palia o resta derechos al trabajador con respecto a lo establecido en el Estatuto de los trabajadores, sino que muy al contrario, da la posibilidad de ampliar los mismos, no conculcando en momento alguno el bien protegido.

Es más, y a esto me refería teniendo en cuenta los arts. 3.1 del Código Civil y 205 e) de la Ley de Procedimiento Laboral en los que se ampara la parte recurrente, muy lejos de empeorar este artículo la prestación de la relación laboral, supone tal y como establece el Tribunal una adaptación a la realidad social del momento en que ha de ser aplicada la norma. Ya que en la sociedad actual es un hecho contundente que en el entorno urbano fundamentalmente, cualquier trabajador o ciudadano emplea un tiempo enorme para los desplazamientos necesarios para cumplir, en el caso que nos atañe, con las posibilidades a priori que aporta solo y exclusivamente el Estatuto de los trabajadores para cualquiera de los dos progenitores, si tenemos en cuenta que una empresa como Aldeasa que normalmente presta sus servicios en zonas de aeropuertos los traslados y desplazamientos a los hogares para dar cumplimiento a la necesaria lactancia del menor es lo suficientemente conflictiva no solo para el empleado sino también para el empleador el conciliar los intereses laborales y personales.

Constituyendo la norma del Estatuto de los trabajadores al caso en concreto en algunas situaciones un derecho prácticamente inejercitable para el fin previsto, ya que en el mejor de los casos el tiempo invertido en los desplazamientos del centro de trabajo al domicilio es superior al tiempo de interrupción de la jornada laboral.

De hecho el art. 41.d) del convenio impugnado, busca fórmulas de conciliación laboral y familiar conforme tanto a una jurisprudencia ya generalizada, como a los fundamentos de la legislación actual como por ejemplo la Ley 39/1999 de 5 de noviembre de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

La aprobación de esta ley responde a la finalidad de diseñar algunos instrumentos jurídicos que puedan resultar útiles para facilitar un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares y laborales entre hombres y mujeres, aunque, indudablemente, la consecución de tal objetivo requiera el complemento de otras medidas de carácter no estrictamente jurídico.

## JURISPRUDENCIA • TS •

La ley introduce cambios legislativos dirigidos a permitir que hombres trabajadores puedan asumir algunas de las responsabilidades familiares en los mismos términos que las mujeres, evitando así que situaciones como la maternidad o la necesidad de atender el cuidado de familiares, incidan únicamente en la relación laboral de las mujeres trabajadoras.

A la vez a través de esta ley se completa la transposición al derecho nacional de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria, en particular por las Directivas 92/85/CEE, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y la 96/34/CEE, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental.

Las modificaciones incorporadas por tanto han afectado a las principales normas laborales, que en este caso en concreto se mencionan en la sentencia, como el Estatuto de los Trabajadores, la ley de procedimiento laboral, la ley general de la seguridad social, y la ley de prevención de riesgos laborales, del mismo modo que en el posicionamiento jurisprudencial basado en las directrices interpretativas del art. 3 del Código Civil al que hace mención también, para avallar su posicionamiento el abogado del Estado.

Dicha afectación jurisprudencial se plasma en la línea interpretativa de considerar que el art. 37 del Estatuto de los trabajadores en cuanto a reducciones de jornadas y permisos, ha de partir de la base, de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia.

Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa (STS 20/07/2000.rec.3799/1999), esta última interpretación la encontramos en distintos pronunciamientos judiciales, en ST del Juzgado de los social núm 5 de Madrid viene a decir que, en STS de 11 de diciembre 2001 se afirma que los supuestos de jornada reducida por guarda legal, que tienden a proteger no solo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar, para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el artículo 154.1 del código civil, sino también y fundamentalmente el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible”.

En este sentido tenemos que enmarcar el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio del 2005 objeto de comentario. (MONTSERRAT REYES CILLEZA. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA DE 10 DE JUNIO DE 2005. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA AUSENCIA DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

“1º.- El demandante en este procedimiento Benedicto, viene prestando sus servicios como Celador con plaza en propiedad en el “Hospital S.” de Cáceres, dependiente del SES.  
2º.- El actor se halla en estado de casado y padre de una hija nacida el 31 de agosto de 2001 cuya menor estuvo matriculada durante el curso 2003/2004, desde el mes de septiembre de 2003 hasta junio 2004, en el “Centro de Educación Infantil M.” de Cáceres, abonando la suma de 70 Euros mensuales.

3º.- El demandante en escrito presentado el 22.4.04 solicitó de la Dirección del Aludido centro hospitalario le fuera abonada la ayuda económica establecida por utilización de guarderías infantiles, que le fue denegada por Resolución de la Gerencia del Área de Salud de Cáceres de 3.09.04, salida 20.9.04.

4º.- Contra aludida resolución se interpuso reclamación previa que fue desestimada.

5º.- Es notorio que la cuestión controvertida afecta a un importante número de trabajadores.”

TERCERO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

“Fallo: Estimando parcialmente la demanda deducida por Benedicto frente al Servicio Extremeño de Salud de la Junta de Extremadura, declaro el derecho del actor a percibir la ayuda por guardería solicitada, condenando a la Entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración y al abono por tal concepto de la cantidad de 240,4 Euros correspondiente a los meses de septiembre 2003 a junio 2004, ambos inclusive.”

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 23 de marzo de 2005, dictándose las correspondientes y subsiguientes resoluciones para su tramitación en forma.

SEXTO.- Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 19 de mayo de 2005 para los actos de deliberación, votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que estima parcialmente la pretensión deducida por el actor, personal sanitario no facultativo al servicio de instituciones sanitarias de la Seguridad Social, se alza la Entidad demandada interponiendo recurso de suplicación, y en un primer motivo del recurso, con adecuado cobijo procesal en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, solicita, con sustento en la fotocopia obrante en su ramo de prueba a los folios 55 a 71 de los autos, consistente en datos estadísticos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se adicione una serie de cifras estadísticas relativas a la participación del hombre y la mujer en el trabajo doméstico, cuidado de la familia, cuidado de la casa, total de excedencias por cuidado de hijos, por maternidad, abandono de puestos de trabajo debido a razones familiares y tasas de paro por sexo.

Y a ello no vamos a acceder en tanto en cuanto es doctrina reiterada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, plasmada en sentencias de 11 de junio de 1993, 15 y 26 de julio y 26 de septiembre de 1995, 2 y 11 de noviembre de 1998, 2 de febrero de 2000, 24 de octubre de 2002 y 12 de mayo de 2003, la relativa a que es preciso para que prospere la revisión fáctica (aún razonando en clave de recurso de casación, mas aplicable al recurso de suplicación), los siguientes requisitos:

“1º.- Que se citen documentos concretos de los que obren en autos que demuestren de manera directa y evidente la equivocación del juzgador, cuando tales pruebas no resulten contradichas por otros elementos probatorios unidos al proceso.

## JURISPRUDENCIA • OTRAS INSTANCIAS •

2º.- En segundo lugar, que se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que ponga de relieve el error denunciado.

3º.- Que la modificación propuesta incida sobre la solución del litigio, esto es, que sea capaz de alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida.

4º.- que se identifiquen de manera concreta los hechos probados cuya revisión se pretende, para modificarlos, suprimirlos o adicionarlos con extremos nuevos, y al mismo tiempo ha de proponerse la redacción definitiva para los hechos modificados". Y también, en lo que respecta a la forma de efectuar la revisión fáctica, de la doctrina de suplicación, al igual que la del Tribunal Supremo, sentada en relación a esta función jurisdiccional, puede desprenderse una serie de "reglas básicas", cuya finalidad es evitar que la discrecionalidad judicial se extralimite hasta el punto de transformar el recurso excepcional de suplicación en una segunda instancia. Estas "reglas" las podemos compendiar del siguiente modo:

1º) La revisión de hechos no faculta al tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental alegada que demuestre patentemente el error de hecho.

2º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (SSTS 16 de diciembre de 1967, 18 y 27 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978, 6 de mayo de 1985 y 5 de junio de 1995).

3º) En el supuesto de documento o documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (SSTC 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990, de 15 de febrero, con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable (SSTS 10 de marzo de 1980, 30 de octubre de 1991, 22 de mayo y 16 de diciembre de 1993 y 10 de marzo de 1994).

4º) La revisión fáctica no puede sustentarse en medios de prueba que no sean la prueba documental pública o privada en el sentido ya expuesto, y la pericial (artículo 191.b) y 194 de la Ley de Procedimiento Laboral), tal y como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en sentencias de 10 de febrero y 6 de noviembre de 1990, en relación a la prueba testifical y la de confesión judicial, en la que se incluye el supuesto del artículo 94.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Y es claro que la pretendida adición no cumple con los requisitos necesarios para que prospere, en tanto que se sustenta en meras fotocopias recogidas de la página web del Instituto de la Mujer, que por lo demás, como ya esta Sala ha analizado en numerosas resoluciones ninguna inciden-

cia tiene en la resolución de la cuestión jurídica planteada.

SEGUNDO.- El segundo motivo de recurso, con amparo procesal que el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, teniendo en cuenta que la cuestionada ayuda por guardería se le reconoce a personal masculino dependiente del Servicio Extremeño de Salud en la sentencia que se recurre, el disconforme, como ya lo ha hecho en otras muchas ocasiones, denuncia la infracción del Acuerdo de 26 de noviembre de 1974 del Insalud, modificado en cuanto a su ámbito de aplicación por la Circular de 9 de junio de 1980, en relación con el artículo 14 de la Constitución Española, y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida entre otras en las sentencias de 15 de abril de 1997 y 20 de marzo de 1997, así como la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 1987.

Y como cuestión novedosa añade la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de marzo de 2004, respecto de la cual sólo decir que las sentencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas no constituyen jurisprudencia pues ésta, como fuente complementaria del ordenamiento jurídico, está reservada por el artículo 1.6 del Código Civil a la doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo el interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, y por el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la interpretación que de los preceptos constitucionales resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Esta Sala no comparte los argumentos de la recurrente, pues sobre la cuestión que plantea, tal y como señala la sentencia recurrida, ya se ha pronunciado y no existe razón alguna para cambiar de criterio, pese a la opinión de la disconforme, por lo que debe reiterarse aquí lo expuesto en la sentencia de 16 de febrero de 2001 (la cual, recurrida en casación para la unificación de doctrina, mediante sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2001, fue desestimado el recurso por no concurrir el requisito de contradicción exigido por el artículo 217 de la LPL), que ha sido seguida de otras resoluciones de esta misma Sala de 10 septiembre de 2002, 18 de noviembre de 2002 y 14 de enero de 2003, 26 de febrero de 2004 y poner fecha de la recaída en el rollo número 268/2004, de 27 de mayo de 2004, entre otras: Primero.- Al actor, personal estatutario al servicio de la demandada Insalud con la categoría profesional de celador en el Complejo "Hospitalario C." y con un hijo a su cargo menor de seis años, le ha sido denegada en la instancia su pretensión de recibir la ayuda por guardería para el curso 1999/2000, en la cantidad de 4.000 ptas. mensuales. Este tipo de ayudas se estableció por Acuerdo de 26 de noviembre de 1974, de la Comisión Permanente del INP como remedio transitorio a la ausencia de Guarderías Infantiles propias de las Entidades Gestoras, instituyendo un complemento o ayuda por guardería, a favor del personal femenino de Instituciones Sanitarias cerradas, beneficio que fue extendido

## JURISPRUDENCIA • OTRAS INSTANCIAS •

mediante Circular de 20 de junio de 1980 al personal masculino viudo.

Respecto de dicha ayuda la doctrina jurisprudencial ha establecido, al plantear dificultades en orden a su adecuación al art. 14 de la Constitución Española, dada su condición de normativa preconstitucional, que el referido complemento ha de beneficiar también al personal con vinculación interina -sentencias del Tribunal Supremo de 3 y 4 de octubre y 17 de diciembre de 1996, 31 de enero, 5 y 17 de marzo de 1997- dado que el Acuerdo venía referido al personal femenino de plantilla, y que no es discriminatorio que solo afecte al personal femenino de Instituciones Cerradas de la Seguridad Social y no al de Instituciones Abiertas -sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1992, 29 de enero, 16 de marzo y 2 de julio de 1993, 11 y 31 de mayo de 1994 y 31 de enero de 1997- afirmando, por último, y en cuanto atañe a este recurso, que tampoco es contrario al art. 14 de la Constitución Española que los varones queden al margen de citado beneficio.

Esta última afirmación es la mantenida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 128/1987 de 16 de julio, sentencia esta última que sirve de fundamento al Tribunal Supremo para los pronunciamientos a este respecto citados por la resolución recurrida, sentencias dictadas en recurso de casación para la unificación de doctrina de 20 de marzo y 15 de abril de 1997. Nuevamente, en el presente recurso se plantea la cuestión de si esta diferencia de trato vulnera el art. 14 de la Constitución Española, alzándose el recurrente frente a la resolución de instancia, que reitera las argumentaciones empleadas por el Tribunal Constitucional en el año 1986 y por el Tribunal Supremo para negar tal discriminación, y al amparo del apartado c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la infracción por la sentencia de instancia del indicado precepto constitucional, así como de lo dispuesto en el art. 9.2 y 39.1 de la Carta Magna en relación con el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores.

De esta forma propone la recurrente el nuevo examen de la cuestión planteada tras la entrada en vigor de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que ofrece una nueva visión sobre la cuestión sometida a examen, por consecuencia de las modificaciones que la misma establece y que afectan al Estatuto de los Trabajadores, Ley de Procedimiento Laboral, Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, Ley 28/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, Ley 29/1975, de 27 de junio, de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado y Ley 17/1999, de 18 de mayo de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas.

Segundo.- Centrada la cuestión, la sola lectura, no ya de los individuales preceptos de la citada Ley, que de por sí son ilustrativos, sino de su expresiva Exposición de Motivos y de los razonamientos de las sentencias referidas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, nos ofrece una clara visión respecto de los distintos criterios que inspiran una y otras, estando en la posición de afirmar que los razonamientos empleados por las antedichas resoluciones ofrecen un panorama de la vida laboral y familiar de la mujer absolutamente superadas, viniendo al caso la plena aplicación del mandato contenido en el art. 3.1 del Código Civil en cuanto a los criterios que deben informar la tarea interpretativa de las normas atribuida a los Jueces y Tribunales y en la que, además de los elementos clásicos de la interpretación ya sistematizados por Savigny, elemento gramatical, lógico, sistemático e histórico, añade la remisión a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

Así, yuxtaponiendo los diversos párrafos de la Exposición de Motivos, con los razonamientos empleados por el TC y TS se llega a conclusiones evidentes:

Comienza la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, en sus párrafos primero, segundo y tercero:

“La Constitución Española recoge en su art. 14 el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición. En el art. 39.1, el texto constitucional establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en el art. 9.2, atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. La incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo. Este hecho hace necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada.

La necesidad de conciliación del trabajo y la familia ha sido ya planteada a nivel internacional y comunitario como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social. Ello plantea una compleja y difícil problemática que debe abordarse, no sólo con importantes reformas legislativas, como la presente, sino con la necesidad de promover adicionalmente servicios de atención a las personas, en un marco más amplio de política de familia.” Continúa la citada Exposición aludiendo a la necesidad de conciliación del trabajo y la familia, necesidades que ya han sido planteadas a nivel internacional, IV Conferencia de Pekín de septiembre de 1995, y a nivel comunitario, Directivas del Consejo 92/85/CE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, de 3 de

## JURISPRUDENCIA • OTRAS INSTANCIAS •

junio, que tienen como objetivos fomentar una armonización de responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres, y la igualdad de oportunidades y trato entre ambos, criterios que inspiran la reforma legislativa llevada a efecto por la citada Ley, haciéndose constar en el párrafo sexto de la Exposición de Motivos:

“La Ley introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres. Al mismo tiempo se facilita que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia”. Frente a dicha nueva regulación se contraponen frontalmente los razonamientos empleados por las resoluciones referidas, que se transcriben para dejar constancia de la discordancia entre los criterios que se imponen en la sociedad actual y los que inspiraron las sentencias referidas:

“Décimo.- Ahora bien, resulta patente que, aun excluyendo que exista una diferencia de obligaciones familiares entre hombre y mujer, la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo, o el mantenimiento del que ya tiene. Este Tribunal no puede ignorar que, pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultado de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente el cuidado de los hijos. Ello supone evidentemente un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo, obstáculo no menos cierto y comprobable por el hecho de que derive de la práctica social y no de mandatos del legislador u otros poderes públicos, y que se manifiesta en el dato (no por indirecto menos convincente) de la extremadamente baja participación de la mujer casada en la actividad laboral, en comparación de otras categorías sociales.

Si la tasa de actividad de la población femenina es ya muy baja en comparación con la masculina, tal diferencia se extrema si se compara la tasa de actividad de las mujeres casadas (el 20,9%) con la correspondiente de hombres casados (el 70,92%), según la Encuesta de Población Activa para el tercer trimestre de 1986, dato éste que no puede razonablemente separarse de la incidencia que el cuidado de los hijos supone en la continuación, o iniciación, de la actividad laboral de la mujer. No resulta, pues, discutible que a efectos laborales, la diferencia entre hombres y mujeres con hijos de corta edad no es únicamente de sexo, y, desde luego, tampoco reside en que la mujer tenga superiores obligaciones, de orden jurídico o moral, que el hombre respecto a los hijos.

La diferencia reside en que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación. En tanto, pues, esta realidad perdure, no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social, y que traten de evitar, facilitando el empleo de guarderías, que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños. Undécimo.- Procede concluir, por ello, que el hoy recurrente no se encuentra en la misma posición que el conjunto social que toma como punto de referencia, y que el tratamiento desigual otorgado a éste no constituye por tanto una discriminación prohibida por el art. 14 CE, sino, por el contrario, una medida destinada a paliar la discriminación sufrida por ese conjunto social y que responde al mandato constitucional contenido en el art. 9.2 CE. No hay, en consecuencia, vulneración del principio de igualdad, al darse tratamientos diferentes a sujetos en situaciones que resultan distintas, de acuerdo con criterios razonables a juicio de este Tribunal (sentencia del T.C. 128/1987, de 16 de julio).” Y por su parte el Tribunal Supremo, en la referida sentencia de 20 de marzo de 1997, fundamento de derecho segundo, razona:

“Segundo.- El recurso denuncia infracción de lo dispuesto en el acuerdo de 26 de noviembre de 1974 del INP y circular de 20 de junio de 1980 en relación con el art. 14 de la Constitución Española. La materia planteada en el recurso, competencia propia, aunque no exclusiva, del Tribunal Constitucional, ha sido abordada desde diversos ángulos por este, quien ha afirmado que la protección a la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, pero de ello no puede inferirse que toda desigualdad de trato que beneficie a un grupo definido por el sexo vulnere el art. 14 de la Constitución Española, pues pueden darse circunstancias debidas a costumbres, hábitos y tradiciones que estructuran la sociedad, y por ello, difícilmente eliminables, que colocan a determinados grupos en posición de innegable desventaja por razón de su condición femenina, y las disposiciones que tratan de remediar esta situación, aunque establezcan un trato más favorable a la mujer, no vulneran el principio de igualdad, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones realmente distintas.

En esta línea el propio Tribunal Constitucional en su sentencia de 16 de julio de 1987 al contemplar el supuesto de autos negó que existiera discriminación. En definitiva, el trato diferenciado de varones y mujeres cuando tiene justificación en situaciones efectivamente distintas, no es discriminatorio. Y desde este punto de vista y descendiendo al hecho concreto no puede desconocerse, que según las últimas estadísticas en España, las mujeres dedican una media de 4 horas y media diarias a tareas domésticas y familiares,

## JURISPRUDENCIA • OTRAS INSTANCIAS •

mientras que los varones solo emplean en esta actividad media hora al día. La situación es, pues, manifiestamente desigual, y en su consecuencia, el tratamiento ajustado a esta diferencia no es discriminatorio”.

Desde luego es claro que la finalidad que persigue la Ley y que se impone en la sociedad actual nada tiene que ver con esa discriminación positiva a la que aluden las resoluciones, la cual solo podría tener como resultado la prolongación en el tiempo y la institucionalización de la situación descrita de la mujer por las indicadas sentencias. Conforme a la Exposición de Motivos es claro que la época y situación que describen las sentencias han sido superadas y lo que se persigue, precisamente con la nueva regulación, es ofrecer igualdad de oportunidades al hombre y la mujer al momento de participar en la vida laboral y familiar, en plano de igualdad, con pleno respeto al art. 14 de la Constitución Española en lo que la realidad biológica de ambos sexos permite, excluido desde luego el hecho de la gestación y parto, cuya incumbencia es exclusiva de la mujer.

En cuanto al resto en su proyección familiar y laboral que ahora se analiza, la incorporación plena de la mujer al trabajo, en plano de igualdad, debe ir acompañada de una igualdad en el reparto de las cargas familiares, en el cuidado de los hijos, que son responsabilidad de ambos, igualdad incompatible con el hecho de abonar a la mujer trabajadora una ayuda por guardería por considerar que socialmente a ella, trabaje o no, le está atribuido el cuidado de los hijos y si se le concede dicha cantidad posibilita el acceso al mundo del trabajo.

No, ello no es así, tal y como pone de manifiesto que tal ayuda sí esté prevista para el varón viudo, lo cual es claro, pone de manifiesto que solo cuando la madre falta es cuando le “sobreviene” al padre la obligación de cuidar de sus hijos menores de seis años (por cierto sin aludir a situaciones como las de separación o divorcio en que los hijos quedan al cuidado del padre). Y precisamente esas son las situaciones que la Ley 39/1999 trata de paliar, ofreciendo al padre las mismas posibilidades, los mismos derechos y obligaciones en el cuidado de sus hijos desde el momento de su nacimiento, lo cual se contradice con el supuesto estudiado de las ayudas por guardería, considerando que vulnera el art. 14 de la CE la concesión de las mismas solo al personal femenino, pues ese trato diferenciado en la época actual no tiene ningún tipo de justificación, máxime cuando, en definitiva, el hecho de que se le niegue al actor dicha ayuda en ningún caso beneficia ni a la vida familiar, ni a la madre, la cual, es claro, que no se ve discriminada positivamente, sino negativamente al no lucrar alguno de los miembros de la pareja la ayuda solicitada.

Conforme a ello esta Sala, de nuevo, como ya ha hecho en las precedentes resoluciones identificadas al inicio de este fundamento de derecho, llama la atención a la recurrente en relación a la atenta lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, que se reproduce en la sentencia transcrita,

y al último párrafo de la resolución, en la que se razona suficientemente sobre la situación real de la mujer en el mundo laboral y en las obligaciones asumidas en cuanto al cuidado de los hijos, así como sobre la circunstancia de que el hecho de conceder la ayuda por guardería exclusivamente a la mujer, negándosele al varón, en ningún caso supone beneficio para la misma, sino, muy al contrario, un perjuicio en tanto en cuanto no ofrece las mismas posibilidades al varón, para que desarrolle iguales derechos y obligaciones en el cuidado de los hijos desde su nacimiento.

Entre otros motivos por cuanto que el hecho de reconocer dicha ayuda a cualquiera de los miembros posibilita que ambos tengan la misma oportunidad de acceder al mercado laboral y de ser responsables en el cuidado de la prole. Y es que quizás, pudiera ser, que el cónyuge de los actores no pueda trabajar por tener que hacerse cargo del cuidado de los hijos menores de seis años, y la concesión de la ayuda solicitada propicie la inserción del mismo en la vida laboral, en tanto en cuanto no se da por supuesto o por sentado que es a ella a quién incumbe el cuidado y atención de los mismos, sino también al varón, quién, por ser responsabilidad común, y obrando en beneficio también común de la familia, consciente de la labor que como padre ha de ejercitar, solicita la ayuda.

No quiere ello decir que se desconozcan ciertas realidades, es que la interpretación que se efectúa a la luz de la Ley 39/1999 es la de propiciar la desaparición de las diferencias que puedan existir entre el hombre y la mujer en su proyección tanto familiar como profesional. Es el siguiente paso en el intento de conseguir dicha igualdad, que el caso examinado es partir de un aserto esencial plasmado legislativamente: los hijos menores de seis años no son de responsabilidad exclusiva y excluyente de la madre, sino de ambos progenitores. Y para que ello se materialice ha partirse de otorgar iguales oportunidades al hombre y la mujer también, en este caso en los derechos, pues el derecho que se le concede a uno, partiendo de una igualdad real, es indudable que beneficia a ambos cónyuges y al desarrollo de la vida familiar.

Sólo resta decir que lo que hasta aquí se razona, no empece para que se dicten resoluciones que en otros ámbitos favorezcan la inserción laboral de la mujer, tal y como alega la recurrente, aludiendo a la Ley 36/2003, de 11 de noviembre de Medidas de Reforma Económicas, en relación a la reducción de la base de cotización para jóvenes y mujeres de nueva incorporación en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en tanto que la clave de los precedentes razonamientos en cuanto a la ayuda por guardería estudiada han quedado extensa y prolijamente razonados.

Nada mas se puede añadir a lo expuesto en precedentes resoluciones de esta Sala, que no excluyen desde luego que se sigan distintos criterios en otras Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia, teniendo en consideración que, aún cuando no hemos dado lugar a la reforma fáctica pre-

## JURISPRUDENCIA • OTRAS INSTANCIAS •

tendida, en la resolución transcrita se tienen en cuenta dichas “estadísticas” en las que pretende sustentar la recurrente su pretensión. Es por ello que procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia de instancia. Vistos los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

### FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Servicio Extremeño de Salud, contra la sentencia de fecha 20 de enero de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Cáceres en sus autos número 1026/2004, seguidos a instancia de D. Benedicto, frente a el Indicado Organismo recurrente, sobre reclamación cantidad, y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia.

[...]

### COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CACERES DE 10 DE JUNIO DE 2005. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA AUSENCIA DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA

El supuesto de hecho de la sentencia examinada desestima recurso de suplicación planteado por personal facultativo (un celador) del servicio Extremeño de Salud, frente a una sentencia que declaró el derecho del actor a percibir una ayuda de guardería solicitada para el cuidado de la hija que tiene a su cargo.

El supuesto trae causa en el Acuerdo de 26 de noviembre de 1974 de la Comisión Permanente del INP que instituía un complemento o ayuda por guardería a favor del personal femenino de instituciones Sanitarias cerradas, beneficio que fue extendido mediante Circular de 20 de Junio de 1980 al personal masculino viudo.

La disposición controvertida, examinada a la luz del artículo 14 de la Constitución, había originado ya diversos pronunciamientos jurisprudenciales en el sentido de entender que no es discriminatorio que sólo afectase al personal femenino de Instituciones Cerradas de la Seguridad Social, y no al de Instituciones Abiertas, o que los varones quedaran al margen de dicho beneficio (STS de 15 de abril de 1997, y de 20 de marzo de 1997, así como de la STC 128/97, de 16 de julio de 1997).

Sin embargo, la trascendente entrada en vigor de la Ley 39/99, de 5 de noviembre, (RCL 1999, 2080), para promover la Conciliación de la vida personal y familiar de las personas trabajadoras, introduce la constatación de un cambio de

escenario, que recupera la apreciación del Tribunal Constitucional, en su doctrina de dar trato distinto a situaciones distintas y supone un avance significativo en las políticas dirigidas a la consecución de la igualdad de género.

La apreciación de la posible vulneración del principio de igualdad y la aplicación de criterios que pudieran justificar al Tribunal la apreciación de discriminación positiva, a favor de la madre opera pues, en el presente caso en el sentido de hacer valer las especiales circunstancias derivadas de la evolución social y de la necesaria remisión a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las disposiciones alegadas, y es justamente esta adecuación a la realidad social la que orienta al Tribunal para desestimar el recurso.

Para ello la sentencia pone énfasis en la lectura detenida de la Exposición de Motivos de la Ley 39/99, y repasa sucintamente los datos estadísticos que justificaron en su día, la adopción de la medida a favor de las mujeres o de los hombres viudos con hijos a su cargo, para excluir a los hombres en igualdad de condiciones que las mujeres. Pues si bien, las circunstancias que en su día motivaron y justificaron la aplicación de tales medidas, partían de la percepción tradicional de que era a la mujer a la que correspondía normalmente el cuidado de los hijos. Lo cierto es que la integración de la mujer al mercado laboral, y la necesidad de introducir mecanismos que permitan la igualdad efectiva, removiendo obstáculos en dicha consecución, obligan a reinterpretar de conformidad con la realidad social dichas disposiciones permitiendo que también los varones puedan acogerse a dichas ayudas de guardería en las mismas condiciones de igualdad que la mujer. Y ello además, por la razón de que dicha medida no redundaría en perjuicio sino en beneficio de la conciliación familiar, y laboral. Lo ha expuesto así el Tribunal en la presente sentencia, sin olvidar los pronunciamientos constitucionales previos alude a una realidad social, que no corresponde hoy con la época y situación objeto de los previos pronunciamientos jurisprudenciales que entiende superadas. Y ello sin perjuicio del pleno respeto en lo que “a la realidad biológica de ambos sexos permite, excluido desde luego el hecho de la gestación y el parto, cuya incumbencia es exclusiva de la mujer”.

A ello se añade, a nuestro entender otro importante pronunciamiento y es que, ningún beneficio tiene para la madre, la privación de esta ayuda a su cónyuge. Lo que implica, que el mantenimiento del mismo superadas las circunstancias que lo motivaron no opera como medida de discriminación positiva, sino que la madre es discriminada negativamente con el mantenimiento de estas ayudas, al no poderse lucrar ninguno de los miembros de la pareja de las mismas, y acaba repercutiendo negativamente en la vida familiar. Pues como con certera expresión señala el Tribunal

## JURISPRUDENCIA • OTRAS INSTANCIAS •

la madre no se ve discriminada positivamente sino negativamente.

“Y precisamente esas son las situaciones que la Ley 39/1999 trata de paliar, ofreciendo al padre las mismas posibilidades, los mismos derechos y obligaciones en el cuidado de sus hijos desde el momento de su nacimiento, lo cual se contradice con el supuesto estudiado de las ayudas por guardería, considerando que vulnera el art. 14 de la CE la concesión de las mismas solo al personal femenino, pues ese trato diferenciado en la época actual no tiene ningún tipo de justificación, máxime cuando, en definitiva, el hecho de que se le niegue al actor dicha ayuda en ningún caso beneficia ni a la vida familiar, ni a la madre, la cual, es claro, que no se ve discriminada positivamente, sino negativamente al no lucrar alguno de los miembros de la pareja la ayuda solicitada”

La trascendente afirmación del Tribunal en esta sentencia da un giro en la interpretación de las medidas de discriminación positiva establecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/99, y obliga a nuestro entender a la modificación precisa de cuantas disposiciones incurran en la misma dinámica, por cuanto acaben impidiendo la consecución de una igualdad efectiva entre el hombre y mujer en la conciliación de la vida profesional con la familiar. Por ello, no es extraño que estos argumentos sean manejados con posterioridad por nuestros Tribunales, para idéntico supuesto, o con similar proyección para otros en los que se hacía patente este necesario cambio de apreciación de las medidas de discriminación positiva a luz de la conciliación familiar y profesional.

Pues la entrada en vigor de la Ley 39/99, de 5 de noviembre ha supuesto modificaciones que afectan al Estatuto de los Trabajadores Ley de Procedimiento Laboral, Ley 31/1995, de 8 de noviembre (RCL 1995\3053) de Prevención de Riesgos Laborales, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994\1825), Ley 30/1984, de 2 de agosto (RCL 1984\2000, 2317, 2427; ApNDL 6595), de Medidas para la Reforma de la Función Pública, Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero (RCL 1964\348; NDL 14563), Ley 28/1975, de 27 de junio (RCL 1975\1275; ApNDL 8033), sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, Ley 29/1975, de 27 de junio (RCL 1975\1276; ApNDL 6510), de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado y Ley 17/1999, de 18 de mayo (RCL 1999\1333, 2047) de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas. Y a nuestro entender debe proyectarse también en la aplicación de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de Salud.

En este sentido el presente pronunciamiento se enmarca en el previo recaído sobre el particular en Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 26 de julio de 2002 (AS 2002, 2836, Ponente: Ilmo. Sr.D.Alfredo Garcia Tenorio Bejarano); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 4 de abril de 2003, (As 2003, 2553, Ponente: Ilmo. Sr.D.Alfredo Garcia Tenorio Bejarano); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 17 de julio de 2003 (AS 2004, 55545, Ponente: Ilmo. Sr.D. Alicia Cano Murillo); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 15 de octubre de 2003 (AS 2004, 478, Ponente: Ilmo. Sr.D. Alicia Cano Murillo). Y recientemente, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 21 de julio de 2005, (JUR 2005, 190930, Ponente: Ilmo.Sr.D: Jesús Rentero Jover), que abundando en los argumentos ya examinados señala:

“No cabe por tanto mantener el sentido excluyente de la norma que se interpreta, originada en otro momento histórico que era muy diferente, y necesitada por tanto, conforme al artículo 3.1 del Código Civil, de adecuación a la evolución y a las exigencias del momento, derivadas tanto del texto constitucional (artículo 14 y 39,1), como de la nueva normativa general (Ley 39/99), como de nuestra incorporación comunitaria, que obliga sin duda a todos los órganos judiciales a interpretar la normativa interna de conformidad con la finalidad perseguida por la comunitaria y por su complejo acervo (así, en el sentido que se propugna, podría entenderse la STJCE de 25-10-88, Comisión/República Francesa). Mucho más cuando la norma que debe de ser aplicada y es objeto de interpretación tiene un rango infralegal”.

Ya que los hijos menores de seis años no son de responsabilidad exclusiva y excluyente de la madre, sino de ambos progenitores. Y para que ello se materialice ha de partirse de otorgar iguales oportunidades al hombre y la mujer también, en este caso en los derechos, pues el derecho que se le concede a uno, partiendo de una igualdad real, es indudable que beneficia a ambos cónyuges y al desarrollo de la vida familiar.

Entendemos por tanto, que la corrección operada en la aplicación de las medidas de discriminación positiva a la madre en el cuidado de sus hijos, cuando afectan a la conciliación de su vida personal y familiar con la profesional, suponen un avance significativo que merece ser reseñado por cuanto debe orientar la práctica de nuestros aplicadores jurídicos, en la proyección efectiva de Ley 39/99, requisito sine qua non para que las medidas propuestas en la norma sobre conciliación familiar y profesional, en relación con la igualdad entre ambos cónyuges sean reales y efectivas. (M<sup>a</sup> LUISA GOMEZ JIMÉNEZ. Profesora Asociada de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga).

## SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN GRANADA DE QUINCE DE JUNIO DE DOS MIL CINCO. DESPIDO NULO POR ACOSO SEXUAL Y MORAL, INDEMNIZACIÓN COMPLEMENTARIA POR DAÑOS MORALES Y OPCIÓN A LA TRABAJADORA A NO INCORPORARSE AL PUESTO DE TRABAJO.

[...]

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por Doña MARÍA ISABEL BARROSO LÓPEZ, sobre despido, contra CLÍNICA MEDICA SAN CECILIO, S.L.; y admitida a trámite y celebrado juicio, se dictó sentencia en fecha 17 de noviembre de 2004, por la que se estimó parcialmente la demanda presentada por la actora.

**Segundo.-** En la sentencia aludida se declararon como hechos probados; los siguientes:

1º.- La actora Doña María Isabel Barroso López, mayor de edad, con D.N.I. número 75.101.038, ha venido prestando sus servicios para la empresa Clínica Médica San Cecilio, S.L., en centro de trabajo Herbolario-Parafarmacia "El Buen Dios", ubicado en la Avda. Las Baleares, 101 de la localidad de Vívar (Almería), desde el 05-02-2004 con la categoría profesional de dependienta y percibiendo un salario mensual de 862'90 euros, incluida la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias.

2º.- Dicha relación laboral se inició el 05-02-2004, en virtud de un contrato eventual por circunstancias de la producción de 6 meses de duración y cuyo objeto era el siguiente: "Atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos consistentes en Venta de Productos de Herbolario, etc., aún tratándose de la actividad normal de la empresa".

3º.- En el centro de trabajo donde la actora prestaba sus servicios, ella era la única trabajadora del mismo.

4º.- En fecha 02-07-2004, la demandante acudió al Servicio de Urgencias del Centro de Salud de Aguadulce -Roquetas de Mar (Almería), manifestando que había sido acosada en el trabajo por su jefe, siendo diagnosticada de trastorno de ansiedad por acoso sexual e inició un proceso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, situación en la que aún permanece.

5º.- El mismo día 2-7-04 la demandante presentó una denuncia ante la Guardia Civil de Vívar contra su jefe Don Miguel Ángel Murcia López por un supuesto delito de acoso sexual, así como un trato humillante y vejatorio en el trabajo (acoso moral). Posteriormente, el día 5-7-04, la actora acudió de nuevo al Puesto de la Guardia Civil de Vívar (Almería), donde amplió la denuncia contra el Sr. Murcia López, antes referida.

6º.- Como consecuencia de la anterior denuncia se están

tramitando en el juzgado de Instrucción nº 5 de Almería las Diligencias Previas nº 3155/04, habiéndose acordado recientemente, mediante auto de fecha 27-10-04, continuar la tramitación de las mismas por los trámites del Procedimiento Abreviado, pues los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de un presunto delito de los comprendidos en el artículo 757 de la Ley de Enj. Criminal, cuyo autor es D. Miguel Ángel Murcia López.

7º.- Los hechos relatados en la demanda por la actora con respecto al supuesto acoso sexual y moral que venía sufriendo en el trabajo desde el inicio de la relación laboral por parte de su Jefe Don Miguel Ángel Murcia López, son los mismos que están siendo objeto de investigación criminal por parte del juzgado de Instrucción nº 5 de Almería.

8º.- El Sr. Murcia López, junto con su esposa Da María José Ortega Martínez, son los únicos socios de la sociedad Clínica San Cecilio, S.L., poseyendo cada uno de ellos el 50% de las participaciones sociales en las que está dividido el capital social, siendo el administrador único de la misma, Don Miguel Ángel Murcia López.

9º.- La empresa demandada, además del centro de trabajo donde prestaba sus servicios, la actora tiene una clínica en Vívar (Almería), muy cerca del Herbolario-Parafarmacia, donde trabajaba la demandante y otro Herbolario-Parafarmacia en Almería capital, siendo el Sr. Murcia López, en su condición de médico y administrador único de la sociedad demandada, el responsable máximo de estos centros de trabajo.

10º.- Con fecha 27-7-04, la actora recibió por correo certificado con acuse de recibo una carta cuyo contenido es el que consta en este mismo ordinal de los hechos probados de la sentencia de instancia.

11º.- La demandante no ostenta ni ha ostentado cargo de representación sindical alguno.

12º.- A las pocas semanas de comenzar a prestar sus servicios, la demandante, el Sr. Murcia López, aprovechando que todas las semanas iba al centro de trabajo donde estaba la demandante, bien para pasar consulta de médico dietista (los martes) o para recoger distintos productos del herbolario y llevárselos al de Almería, y que ésta se encontraba sola en el referido centro de trabajo, comenzó con un comportamiento de acercamiento hacia la trabajadora, en principio con una actitud cariñosa, preguntándole si estaba contenta en el trabajo y acariciándole el pelo y posterior-

mente fue subiendo el tono, pues en varias ocasiones la cogió del brazo y se la llevó a la trastienda abrazándola e intentando besarla en la boca, a lo que la actora se oponía y finalmente la besaba en la mejilla. Posteriormente en otra ocasión la abrazó por detrás cuando estaba trabajando en la trastienda y le rozó con sus genitales el culo diciéndole que estaba gordita y que necesitaba perder unos kilos, tocándole la barriga e intentándole acariciarle los pechos, resistiendo en todo momento la trabajadora a las pretensiones del Sr. Murcia López.

Además de lo anterior y como la demandante no accedía a sus pretensiones, el Sr. Murcia López se volvió agresivo contra ella y la insultaba diciéndole que era una inútil, una gilipollas y que no servía para nada, y a veces después de insultarla intentaba volver a abrazarla, e incluso en una ocasión, como la actora volvió a rechazarlo, llegó a darle un puñetazo a su coche diciendo “me cago en la puta María, te daba así”, alegando como motivo del enfado un supuesto error en un pedido de determinados productos por parte de la demandante.

13º•- Intentada la preceptiva conciliación ante el CMAC en fecha 23-8-04, la misma concluyó con el resultado de sin avenencia.

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se anunció recurso de suplicación contra la misma por CLÍNICA MÉDICA SAN CECILIO, S.L. y Doña MARÍA ISABEL BARROSO LÓPEZ, recurso que posteriormente formalizó, siendo en su momento impugnado por el contrario. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente, para su examen y resolución.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero.-** La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda interpuesta por Doña María Isabel Barroso López frente a la empresa Clínica Médica San Cecilio, S.L. y declara la improcedencia del despido de la actora y condena a la empresa, a que a opción de la trabajadora, efectúe en el plazo de 5 días a partir de la notificación de la sentencia, la readmisión en su puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar o extinguir la relación laboral en cuyo caso deberá pagar a la demandante una indemnización por despido de 647'10 euros más los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se opte por la extinción de la relación laboral. Así mismo declara que la empresa demandada en su representante legal Don Miguel Ángel Murcia López ha vulnerado el derecho fundamental de la libertad sexual de la demandante y en consecuencia la condena a que cese en la conducta, en el supuesto en que la actora se reincorpore en su trabajo y a abonarle una indemnización de 6.000 euros en concepto de daños y perjuicios causados.

La resolución judicial transcrita no satisface a ninguna de las partes litigantes, formalizando las mismas sendos recursos de suplicación. Comenzando por el estudio del de la empleadora, ya que es el único que pide revisión fáctica, la misma se deduce por la vía del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral y en ella se interesa la supresión del hecho probado nº 12, que reza: “A las pocas semanas de comenzar a prestar sus servicios, la demandante, el Sr. Murcia López, aprovechando que todas las semanas iba al centro de trabajo donde estaba la demandante, bien para pasar consulta de médico dietista (los martes) o para recoger distintos productos del herbolario y llevárselos al de Almería, y que ésta se encontraba sola en el referido centro de trabajo, comenzó con un comportamiento de acercamiento hacia la trabajadora, en principio con una actitud cariñosa, preguntándole si estaba contenta en el trabajo y acariciándole el pelo y posteriormente fue subiendo el tono, pues en varias ocasiones la cogió del brazo y se la llevó a la trastienda abrazándola e intentando besarla en la boca, a lo que la actora se oponía y finalmente la besaba en la mejilla. Posteriormente en otra ocasión la abrazó por detrás cuando estaba trabajando en la trastienda y le rozó con sus genitales el culo diciéndole que estaba gordita y que necesitaba perder unos kilos, tocándole la barriga e intentándole acariciarle los pechos, resistiendo en todo momento la trabajadora a las pretensiones del Sr. Murcia López. Además de lo anterior y como la demandante no accedía a sus pretensiones, el Sr. Murcia López se volvió agresivo contra ella y la insultaba diciéndole que era una inútil, una gilipollas y que no servía para nada, y a veces después de insultarla intentaba volver a abrazarla, e incluso en una ocasión, como la actora volvió a rechazarlo, llegó a darle un puñetazo a su coche diciendo [me cago en la puta María, te daba así], alegando como motivo del enfado un supuesto error en un pedido de determinados productos por parte de la demandante”. Pretende que dicho facta sea sustituido por otro que diga: “No constan acreditados los hechos que la parte actora refiere en el hecho quinto de la demanda formulada”. Referida sustitución no se basa en prueba documental o pericial alguna, siendo su asiento preceptos constitucionales (art. 24.1 y 120.3 de la Constitución) y diversas sentencias del Tribunal Constitucional. Pues bien, ni unos ni otros sirven para modificar un relato fáctico construido por el juez de instancia después; de analizar toda la valoración de la prueba y formar su libre convicción en aplicación del artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, no pudiendo primar frente a su objetivo e imparcial criterio, el subjetivo e interesado de la parte, so pena que se evidencie el patente error de aquél, al efectuar las susodichas operaciones, circunstancia que no se ha acreditado fehacientemente en el caso analizado.

**Segundo.-** Al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley Laboral Rituaria, denuncia la empresa la infracción de los nº 24.1 y 120.3 de la Constitución, el artículo 97.2 de la L.P.L. y la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencias 175/85 y 192/94).

## JURISPRUDENCIA • TSJA •

La censura jurídica argüida carece de fundamento alguno, pues se asienta en que los hechos probados de la sentencia guardan una importante semejanza con los contenidos en la demanda y que carecen de base fáctica. Al respecto hemos de reseñar que en el motivo se mezclan cuestiones de hechos con extremos jurídicos, en una curiosa amalgama carente del más mínimo formalismo, pretendiendo el recurrente imponer sus convicciones frente a los elaborados por el juez “a quo”, a lo que hemos de puntualizar que la revisión fáctica ha fracasado y tal fracaso es directamente proyectable sobre la susodicha censura, al estar íntimamente ligada la primera con la segunda.

Tercero.- Por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley Laboral de trámite, denuncia la recurrente la infracción por aplicación indebida del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores y por no aplicación del artículo 45.1 c) del mismo texto legal.

El referido motivo se basa en que se según el hecho probado nº 4 la actora se encuentra en incapacidad temporal derivada de enfermedad común desde el 02-07-2004, situación en la que continuaba en la fecha de la sentencia, en este periodo no tiene derecho a salarios de tramitación al estar la relación laboral suspendida. Pues bien, siendo cierta tal aseveración, es evidente que durante el referido periodo no puede devengar la trabajadora salarios de tramitación, al coincidir el devengo de los mismos con la situación reseñada, por lo que debe ser eliminados los referidos, salarios y en este sentido en casos análogos se ha pronunciado esta Sala en sus sentencias de 24-04-2001 y 18-11-2003, por lo que en este punto procede estimar el recurso de la empleadora.

Cuarto.- Entrando a estudiar el recurso de la actora, éste se deduce por el apartado c) del artículo 191 de la Ley Laboral de Trámite y en él se denuncia la infracción del artículo 5, del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, al entender que el juez “a quo” debió calificar el despido como nulo y no como improcedente. Para analizar esta censura jurídica hemos de reiterar el hecho probado nº 12 que literaliza: “A las pocas semanas de comenzar a prestar sus servicios, la demandante, el Sr. Murcia López, aprovechando que todas las semanas iba al centro de trabajo donde estaba la demandante, bien para pasar consulta de médico dietista (los martes) o para recoger distintos productos del herbolario y llevárselos al de Almería, y que ésta se encontraba sola en el referido centro de trabajo, comenzó con un comportamiento de acercamiento hacia la trabajadora, en principio con una actitud cariñosa, preguntándole si estaba contenta en el trabajo y acariciándole el pelo y posteriormente fue subiendo el tono, pues en varias ocasiones la cogió del brazo y se la llevó a la trastienda abrazándola e intentando besarla en la boca, a lo que la actora se oponía y finalmente; la besaba en la mejilla. Posteriormente en otra ocasión la abrazó por detrás cuando estaba trabajando en la trastienda y le rozó con sus genitales el culo diciéndole que estaba gordita y que necesitaba perder unos kilos, tocándole la barriga e intentándole acariciarle los pechos, resis-

tiendo en todo momento la trabajadora a las pretensiones del Sr. Murcia .López.

Además de lo anterior y como la demandante no accedía a sus pretensiones, el Sr. Murcia López se volvió agresivo contra ella y la insultaba diciéndole que era una inútil, una gilipollas y que no servía para nada, y a veces después de insultarla intentaba volver a abrazarla/ e incluso en una ocasión/ como la actora volvió a rechazarlo, llegó a darle un puñetazo a su coche diciendo [me cago en la puta María, te daba así], alegando como motivo del enfado un supuesto error en un pedido de determinados productos por parte de la demandante”. El facta transcrito contiene todos y cada uno de los elementos exigidos para que se dé la figura del “mobbing” que literalmente significa atacar o atropellar, término traducido como psicoterror laboral u hostigamiento psicológico en el trabajo, es delimitado en la doctrina de suplicación como un tipo de situación comunicativa que amenaza infligir al individuo perjuicios psíquicos y físicos, configurada como un proceso que se compone de una serie de actuaciones hostiles que, tomadas de forma aislada, podrían parecer anodinas, pero cuya repetición constante tiene efectos perniciosos, debiendo situarse el criterio definitorio en la intensidad y repetición sistemática de la agresión y en la percepción inmediata de que esos actos van dirigidos, como objeto y efecto de forma intencional, a degradar y atentar contra la dignidad o integridad psíquica o física de un trabajador. En definitiva se trata de situaciones de hostigamiento a un trabajador frente al que se desarrollan actividades de violencia psicológica de forma prolongada y que conducen a su extrañamiento social en el marco laboral, le causan alteraciones psicósomáticas de ansiedad y, en ocasiones, consiguen el abandono del trabajador del empleo al no poder soportar el estrés al que se encuentra sometido. Como elementos causísticos del “mobbing” en el proceso, primero de debilitar y, posteriormente, destruir a la víctima pueda mantener relaciones normalizadas con otros sujetos, incluido el propio agresor, no dirigiéndole la palabra, o a través de insultos, humillaciones, burlas, tocamientos sexuales y descalificaciones, en fin, acciones tendientes a mostrar desprecio con sus gestos y comportamientos, como actos destinados a lograr el aislamiento de la víctima que objetivamente imponen un sistemático aislamiento físico y psíquico de los trabajadores del resto de la empresa por un periodo de tiempo, como, en tercer lugar, mecanismos llamados a obstaculizar la actividad profesional de la víctima, con el objeto de dificultar el desempeño de su trabajo, encomendándole tareas de excesiva dificultad o trabajo en exceso con inevitable disminución de rendimiento y de pluses retributivos no fijos, encargándole trabajos humillantes o inferiores a los propios de la cualificación y competencia del trabajador. Y, en cuarto lugar, actuaciones orientadas a destruir la reputación laboral o personal, mediante el descrédito, para lo cual, habitualmente se recurre a la puesta en circulación de rumores, conductas de iniquidad, prácticas destinadas a fomentar el continuo enfrenta-

miento entre empleados. En unos casos, el empresario puede ser objeto activo del acoso y, en otros, espectador, no por ello exento de responsabilidad, de situaciones entre compañeros de trabajo vinculados o no jerárquicamente en las que se causa por una persona o, incluso, por un colectivo, ese hostigamiento a un determinado trabajador. Dicho lo anterior, en el caso que nos ocupa está acreditado el acoso sexual y moral permanente del representante de la empresa sobre la actora que como consecuencia de dicho acoso, incluso causó baja médica por enfermedad, al no soportar la presión psicológica a los que estaba sometida por su superior; no obstante, entendemos que la conducta descrita que el magistrado de instancia califica de despido improcedente, dando el derecho de opción sobre la readmisión o la indemnización a la trabajadora, concediéndole asimismo una indemnización de 6.000 euros por daños y perjuicios, ha sido desacertada, pues aunque sus efectos y consecuencias son prácticamente idénticos al haberse declarado la nulidad del despido, en puridad de principios se ha vulnerado por el empleador el artículo 14 de la Constitución (discriminación por razón de sexo), su dignidad personal (art. 10 de la Constitución), así como su integridad física y moral (art. 15 de la Constitución). Y a mayor ahondamiento el acoso sexual, al constituir un atentado a la libre decisión de no verse involucrado en una relación sexual indeseada, está afectando, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 23-06-2000, a la estima íntima de la persona, cuya protección proclama el artículo 18.1 de nuestra Carta Magna. De ahí que por todo lo expuesto, debamos calificar el despido de la actora como nulo y no improcedente, lo que nos lleva a estimar su recurso con la consiguiente revocación de la sentencia.

#### FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por Doña MARÍA ISABEL BARROSO LÓPEZ contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. TRES DE ALMERÍA, en fecha 17 de noviembre de 2004, en autos nº 789/04, seguidos a su instancia, sobre despido, contra CLÍNICA MÉDICA SAN CECILIO, S.L., declarando la nulidad del mismo con las consecuencias inherentes a tal declaración, revocando la sentencia de instancia en el extremo que entendió que el despido era improcedente, si bien otorgó el derecho de opción a la trabajadora. Asimismo debemos estimar en parte el recurso de suplicación interpuesto por la empleadora en cuanto a dejar sin efecto los salarios de tramitación durante el periodo en que la trabajadora estuvo en incapacidad temporal, periodo coincidente con el devengo de los referidos salarios de tramitación.

Procede la devolución de los depósitos y consignaciones a la empresa, efectuados por ésta como requisito para la interposición del presente recurso de suplicación.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse en plazo de DIEZ DÍAS Recurso de Casación para la unificación de doctrina, con las prevenciones contenidas en el artículo 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral.

Así por ésta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

En la ciudad de GRANADA a ocho de junio de dos mil cinco.

**COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, SALA DE LO SOCIAL DE GRANADA, DE 15 DE JULIO DE 2005. DESPIDO NULO POR ACOSO SEXUAL Y MORAL, INDEMNIZACIÓN COMPLEMENTARIA POR DAÑOS MORALES Y OPCIÓN A LA TRABAJADORA A NO INCORPORARSE AL PUESTO DE TRABAJO.**

La sentencia objeto del presente comentario, contribuye en el avance de la eliminación de las discriminaciones laborales por razón de sexo, al resolver una cuestión que limita a las trabajadoras víctimas de acoso sexual a ejercer su derecho relativo a la interposición de demanda por despido nulo contra el empresario que ha vulnerado sus derechos fundamentales. Puesto que en el caso de que se acredite el acoso sexual, el despido se califica nulo y su efecto es la readmisión. Por ello, muchas trabajadoras por imposibilidad de volver a trabajar en el centro de trabajo donde se ha llevado a cabo la conducta contraria a su libertad e indemnidad sexual, no impugnaban el despido, o únicamente interponían demanda por despido improcedente, siendo los efectos de este menos beneficioso para las víctimas.

Sin embargo, dicha cuestión queda resuelta con la acertada aplicación por parte del magistrado de instancia, de la doctrina dictada en una anterior sentencia del mismo Tribunal pero de la Sala de lo Social de Sevilla (Sentencia nº 3163/2002 de 13 de septiembre, AS 2003/1068) consistente en otorgarle el derecho a la trabajadora a optar entre la readmisión o la indemnización.

Un segundo aspecto relevante de la sentencia es el pronunciamiento relativo a la existencia de acoso moral llevado a cabo por el empresario contra la trabajadora, además del acoso sexual que ya quedó expuesto en la sentencia del magistrado del Juzgado de lo Social nº 3 de Almería. En este sentido se expone una amplia e interesante doctrina acerca de la ya conocida conducta de acoso moral. Lo destacable en este asunto es la diferenciación que hace el ponente entre el acreditado acoso sexual y moral, es decir, no se limita al primero, si no que establece que nos encontramos antes dos figuras ilícitas y ante diferentes derechos fundamenta-

les vulnerados. Se declara expresamente que con la conducta de acoso sexual y moral permanente del representante de la empresa sobre la actora se ha vulnerado el art. 14 de la Constitución Española, discriminación por razón de sexo, su dignidad personal, art. 10, su integridad física y moral, art.15 y su intimidad, art. 18.1.

Es importante esta precisión, ya que en numerosas ocasiones no se visibilizan las consecuencias que tiene la negativa de las trabajadoras a las pretensiones sexuales recibidas.

Un tercer aspecto de la presente sentencia que le otorga re-

levancia, es el reconocimiento a la trabajadora de una indemnización complementaria de 6.000 a la del despido (cuarenta cinco días de salario diario por año trabajado) por los daños morales ocasionados por el empresario a consecuencia de su conducta. Dicha cantidad viene a compensar un daño, difícilmente reparable, sin embargo es un modo de resarcir el honor de la trabajadora, proporcionando a las víctimas de esta tipología de violencia de género, como es el acoso sexual y moral en la relaciones laborales, la satisfacción personal y moral tras denunciar los hechos. (ROCÍO MATEO MEDINA. Abogada del servicio Andaluz de Defensa Legal de la UGT-Sevilla).

## LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA Y LA ELABORACIÓN JURISPRUDENCIAL EN TÉRMINOS DE “ACCIONES POSITIVAS” PARA LA GARANTÍA DE LA IGUALDAD MATERIAL ENTRE SEXOS. COMENTARIO DE LA DECISIÓN (ORDINANZA) 39/2005 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA.

Se trata de comentar la decisión n. 39 del 12 de enero del 2005, de la Corte Constitucional italiana<sup>90</sup>, que resuelve sobre la cuestión de legitimidad constitucional suscitada por el Consejo de Estado (el 13 de enero del 2004, de n. 493/2004 y publicada en el Diario Oficial de la República n. 23, primera serie especial, del año 2004), en curso de juicio de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo Regional del Veneto que anuló los actos del concurso para el puesto de director del museo de la ciudad de Bassano del Grappa. La cuestión fue planteada en relación al artículo 61, párrafo 1, letra a) del decreto legislativo n. 29 de 3 de febrero de 1993 (Racionalización de la organización de las administraciones públicas y revisión de la disciplina en materia de empleo público, por norma del artículo 2 de la ley 421 de 23 de octubre de 1993) y posteriores modificaciones - en base al cual por lo menos un tercio de los puestos de los componentes de las comisiones de concurso debe ser reservado a las mujeres - frente al parámetro constitucional de los artículos 3 y 51 de la Constitución italiana.

Antes de iniciar el comentario, resulta necesario presentar una síntesis de las razones de hecho y de derecho que motivaran la decisión de la Corte. En la base del incidente de legitimidad constitucional promovido por el Consejo de Estado tenemos los siguientes antecedentes de hecho:

La actual recurrida (G. E.) resultó excluida preliminarmente en la prueba escrita del concurso para el puesto de directora del museo de la ciudad de Bassano del Grappa, que se concluyó con la nominación del actual recurrente (M. G.) como vencedor. El proceso fue todavía contestado con el recurso de aquella contra la providencia de exclusión - fundada en la violación del artículo 9, párrafo 2 del d.P.R. n. 487 de 9 de mayo de 1994 (Reglamento de normas sobre el acceso a los empleos en las administraciones públicas y las modalidades de realización de los concursos, de los concursos únicos y de las otras formas de asunción a los empleos públicos), - el cual fue aceptado por el Tribunal Administrativo Regional del Veneto. El Ayuntamiento, en ejecución de sentencia, promovió la realización de un nuevo concurso, despidiendo al vencedor e incluyendo en la nueva comisión juzgadora un miembro del sexo femenino, en el cual G.E. resultó vencedora. Contra la sentencia del Tribunal Administrativo Regional el vencedor del primer concurso (M.G.) presentó, ante al Consejo de Estado, instancia de suplicación en el curso de la cual tuvo origen la cuestión de legitimidad constitucional que ahora tratamos.

A su vez, el Consejo de Estado (órgano máximo de la justicia administrativa), justifica así la necesidad de control por la Corte Constitucional de la disposición cuestionada (artí-

<sup>90</sup> La Corte dicta esta decisión en el ejercicio de su prerrogativa establecida por el artículo 134 de la Constitución (“la Corte Constitucional juzga: sobre las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones”) en la cual se realiza el control de constitucionalidad incidental, porque la cuestión se presenta en el curso de un proceso común y es enviada por el juez *a quo* (del proceso) al juez constitucional, que no decide el proceso, pero da la solución para un aspecto de este, o sea, la decisión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley dudosa.

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

culo 61, párrafo 1, letra 'a' del decreto legislativo n. 29 de 3 de febrero de 1993):

Expone que el artículo 9, párrafo 2, del d.P.R. n. 487 de 1994 – directamente utilizado en el caso - trae su fundamento integral del impugnado artículo 61, que esta actualmente en vigor en la disposición, de igual contenido del artículo 57 del decreto legislativo n. 165 de 30 de marzo del 2001, de modo que la eventual declaración de ilegitimidad constitucional de la norma primaria se traduciría en la consecuente inaplicabilidad de la ya mencionada norma reglamentaria, con relativos reflejos sobre el resultado de la decisión en instancia de duplicación.

Añade la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana en la sentencia n. 422 del 1995, que declaró la ilegitimidad constitucional de las disposiciones legislativas que imponían la presencia de candidatos de ambos los sexos en las listas electorales.

Aduce además, como motivación de derecho, que la aplicación de la norma impugnada (imponiendo la presencia del mínimo de un tercio de mujeres en las comisiones de concurso) conduciría a la irracional consecuencia que una comisión resultaría legítimamente compuesta si es formada únicamente por mujeres mientras resultaría ilegítimamente compuesta si se forma integralmente por hombres;

que la norma contrastaría con el principio de racionalidad, en cuanto, si su objetivo es aquel de “garantizar la paridad de oportunidades entre hombres y mujeres para el acceso al trabajo y el tratamiento en el trabajo”, la paridad de oportunidades debería ser aquella dirigida a la obtención del puesto de trabajo y no a la participación en las comisiones examinadoras;

que, aún siguiendo razonamiento diverso, la disposición parecería siempre no razonable, porque terminaría por afirmar implícitamente que los comisarios del concurso tienden a favorecer los colegas del mismo sexo;

y que, por el contrario, si el impugnado art. 61 del decreto legislativo n. 29 de 1993 se entendiase como una norma destinada a consentir la paridad de oportunidades en el acceso a las comisiones examinadoras, igualmente carecería de razón, en cuanto impondría la nominación de los comisarios, no con base en el único criterio de la capacidad específica – indicado de modo expreso en el artículo 36, párrafo 3, letra e), del mismo decreto n. 29 de 1993 –, sino con base en un ulterior factor que es el de pertenecer a un sexo, en este caso femenino, considerado en desventaja.

La Corte Constitucional italiana, compuesta por los jueces: Fernanda Conti (Presidente), Francesco Ammirante (Redactor) Guido Neppi Modona, Piero Alberto Capotosti, Annibale Marini, Franco Bile, Giovanni Maria Flick, Ugo de Siervo, Romano Vaccarella, Paolo Madda-

lena, Alfio Finocchiaro, Alfonso Quaranta y Franco Gallo, decidió rechazar la cuestión de legitimidad constitucional, confirmando así la conformidad de la normativa a la Constitución y su consecuente aplicabilidad al caso concreto.

El argumento utilizado por la Corte para operar tal rechazo fue el sobrevenir de la modificación aportada al artículo 51 de la Constitución por la ley constitucional n. 1 de 30 de mayo del 2003, y, por lo tanto, la pérdida de fundamentos por parte del Consejo de Estado. Pero lo importante es que miremos las consecuencias de la presente decisión en el caso concreto y principalmente en relación a la definición jurisdiccional de un concepto – el de *medidas adecuadas a promover la paridad entre hombres y mujeres en el acceso a los cargos públicos de naturaleza electiva o de ingreso condicionado a concurso público* – añadido al texto del artículo 51 de la Constitución italiana en su modificación más reciente<sup>91</sup>.

En una lectura superficial de la decisión podemos ser erróneamente inducidos a vislumbrar la simple conexión de razones procesales que resultan en el rechazo de una cuestión puesta por el Consejo de Estado – y por lo tanto en sede de justicia administrativa - sobre la legitimidad constitucional del artículo 61, párrafo 1, letra a) del decreto legislativo n. 29 de 1993, que prevé la participación del mínimo de un tercio de mujeres en las comisiones de concurso para acceso a los cargos públicos, pues todo se resuelve con la referencia a la nueva redacción del dispositivo constitucional modificado. Efecto reflejo del rechazo de la cuestión de ilegitimidad constitucional es, en el caso concreto, la indicación para el juez *a quo* de que el artículo que originó la cuestión está de acuerdo con la innovación constitucional. La recurrida, ganadora del concurso cuya validez fue cuestionada con base en la dudosa constitucionalidad del parámetro legislativo utilizado - el artículo 61, párrafo 1, letra a) del decreto legislativo n. 29 de 1993 -, resulta confirmada en el cargo y el recurrente pierde sus razones. La Corte todavía, al no aceptar la cuestión, no se limitó a indicar las razones procesales del rechazo, sino que señala cual sería su juicio en caso de análisis sustancial de lo pedido, y aquí está la relevancia de la decisión que constituye una directriz para todo el ordenamiento. Tratase de una contribución para la definición de la modificación introducida recientemente en el artículo 51 de la Constitución en cuanto, establecida la norma general, va especificando sus contornos, su contenido esencial, mientras fija que casos concretos entran en el ámbito prefijado, el que no es necesariamente fruto de un simple subsumir el hecho a la norma, implicando más bien una toma de posición del órgano jurisdiccional con base en un orden de valores preciso, estableciendo lo que está dentro y lo que traspasa los límites de la norma constitucional, límites que

<sup>91</sup> El artículo 51 dispone textualmente: “1) Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini. / 2) La legge può, per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, parificare ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica. / 3) Chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive ha diritto di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il suo posto di lavoro.

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

esa misma va trazando.

La Corte, mientras afirma que el juez *a quo* no ha observado las innovaciones legislativas en nivel constitucional (con referencia al nuevo contenido del art. 51 Const.) – poniendo así las razones procesales del rechazo de la cuestión; va más allá, mencionando el “contexto global de la jurisprudencia de esta Corte” (vease que se trata de una única sentencia, la n. 49 del 2003, que determina la constitucionalidad de los artículos 2, §1 y 7, §1 de la ley regional n. 21 del Vale d’Aosta, en cuanto imponen, en las elecciones del Consejo Regional el límite mínimo de la presencia de candidatos de ambos los sexos en las listas presentadas por los partidos políticos bajo pena de invalidez declarada por la respectiva Junta electoral) – y estableciendo así la directriz que desea plantear para la resolución del caso y de los casos análogos. El mensaje enviado directamente al juez remitente, e indirectamente irradiado a todos los demás intérpretes es el siguiente: la norma cuestionada se subsume en la disposición del artículo 51 de la Const., principalmente en su parte final añadida recientemente; esto es, la imposición de un límite mínimo a la participación de miembros del sexo femenino en las comisiones de concursos para el acceso a los cargos

de la administración pública es reconocida como medida adecuada y razonable para promover la paridad de oportunidades entre hombres y mujeres en el acceso a los cargos públicos, sin lesionar en su base el principio de igualdad, pues trae fundamento exactamente de la realización de este. Es clara la elección precisa por la búsqueda de la igualdad en el sentido de “paridad efectiva”, que mira a remediar una condición de desigualdad que tiene raíces sociales muy arraigadas y cuyo reflejo es aún más evidente en el mundo institucional.

Para que la Corte diera este paso fue necesario esperar a la modificación constitucional y, a partir de entonces, la determinación del concepto normativo de *medidas adecuadas a promover la paridad entre hombres y mujeres en el acceso a los cargos públicos de naturaleza electiva o de ingreso condicionado a concurso público* viene siendo desarrollada con decisiones como aquella de la sentencia n. 49 de 2003, pasando por decisiones como la que tuvimos ahora bajo examen, que tiene rol clave en la formación de una nueva y importante jurisprudencia en el ámbito de la deseada *exaequatio* entre hombres y mujeres en el campo del trabajo. (CARMEM DALVA TONATO. Exletrada de la Corte Constitucional italiana).

## **Instituto Andaluz de la Mujer**

CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

[www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer](http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer)

**Teléfono de Información a la Mujer**

**900 200 999**